RD Amb

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:
NÉSTOR A. CAFFERATTA

Enero - Marzo 2021 | 65

FUNDACIÓN EXPOTERRA

ISSN 1851-1198

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1198
RNPI: 5074815

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

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

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

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

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

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

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

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de febrero de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RD Amb

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Enero - Marzo 2021 | 65

DIRECTOR:

NÉSTOR A. CAFFERATTA

FUNDACIÓN EXPOTERRA

INCLUYE VERSIÓN **DIGITAL**

ABELEDOPERROT

Comité Consultivo Nacional

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

Comité Consultivo Internacional

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

Comité Ejecutivo

Pablo Lorenzetti, Gustavo Rinaldi, Federico Zonis

Responsables de área

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

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

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

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

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

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

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

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

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

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

ÍNDICE

DOCTRINA

Abuso del derecho ambiental
Néstor A. Cafferatta 3

Luchar por el clima: las lecciones globales de la litigación climática para el espacio local
Gonzalo Sozzo 20

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Cómo lograr la operatividad e implementación del Acuerdo Regional de Escazú en la Argentina
Jorge A. Franza 51

El acceso a la información en el Convenio de Escazú
Silvana Terzi 74

INSTRUMENTOS DE POLÍTICA AMBIENTAL

La evaluación de impacto ambiental en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Aníbal J. Falbo 83

Evaluación ambiental estratégica: herramienta destinada a mejorar los procesos de toma de decisiones
Andrea P. Perrone 103

DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

El derecho al agua, un derecho humano emergente
Marta Isabel Suarez 127

DAÑO AMBIENTAL

Prohibición de ingreso al territorio nacional de residuos peligrosos
Carlos A. Luisoni 149

CASOS COMPLEJOS

Argentina, un país nuclear. Primera parte: Encuadre legal, local e internacional, pasivos ambientales y gestión de los residuos radiactivos
Laura Victoria Canale 157

ACTUALIDAD AMBIENTAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

DEBIDO PROCESO AMBIENTAL
Construcción de una cancha de deporte en una reserva natural protegida. Finalidad de la protección del predio. Reserva expresa de utilización para fines de educación ambiental. Cambio del paisaje y del destino de conservación incompatible. Omisión de realización del estudio de impacto ambiental. Omisión de la convocatoria a audiencia pública. Orden de cese inmediato de actividades. Obligación de volver las cosas al estado anterior 181

Los principios y normas ambientales aplicados a un fallo ejemplar
Carlos Aníbal Rodríguez 230

ACTUALIDAD AMBIENTAL DEL LITORAL

Proyecto de institucionalización del Plan Integral Estratégico para la Conservación y Aprovechamiento Sostenible del Delta del Paraná
Valentín Cesanelli - Bárbara Ausili 247

QUEMA DE PASTIZALES
Peligro concreto sobre el ambiente. Procedencia de la medida cautelar solicitada. Creación de un comité de emergencia. Poder de policía ambiental. Intervención de la justicia 254

Cooperación política y ambiental para salvar al Delta del Paraná
Cristian H. Fernández 258

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

La vulneración de los derechos de la naturaleza: las acciones y omisiones lesivas, a propósito de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana
Wladimir Tene Sotomayor 269

REPARACIÓN DEL DAÑO AL AMBIENTE
In dubio pro natura o *pro salute.* Medida cautelar procedente. Proceso de desforestación. Plantación de caña de azúcar 300

Evitación de pandemia como fundamento de la no regresión
Guillermo Marchesi 304

DOCTRINA

Abuso del derecho ambiental

Néstor A. Cafferatta (*)

Sumario: I. La cuestión moral.— II. El respeto al otro.— III. Abuso del derecho individual.— IV. El acto excesivo.— V. Abuso del derecho ambiental.— VI. Derecho ambiental como interés universal.— VII. La buena fe ambiental.— VIII. La ética o moral ambiental.— IX. Juicio de ponderación.— X. Colofón.— XI. Bibliografía especial sobre abuso del derecho.

I. La cuestión moral

Siempre hemos pensado que uno de los fundamentos más claros de la protección ambiental es el abuso del derecho. Tal vez porque, en el fondo, vemos en la cuestión ecológica o ambiental una "cuestión moral" (o contraria a la moral), que se aloja, de manera más amplia, en una "cuestión social", por el impacto que produce en la sociedad; en ese sentido, quien incurre en una conducta polucionante asume un comportamiento abusivo, que no solo altera negativamente el ambiente, sino que, a la larga, destruye las bases de la vida misma.

El medio ambiente a todo nivel es un problema básicamente de escalas de valores, de filosofía de vida, de ética y de toma de conciencia. Por eso, el papa Francisco, en su encíclica "*Laudato Si'*, el cuidado de nuestra casa común" **(1)**, predica que todo aquel que formula una cuestión ecológica plantea una cuestión social, en defensa de los débiles de este tiempo: los vulnerables de este siglo, la naturaleza y los sectores más pobres de la sociedad.

Ulrich Beck, en ese mismo sentido, plantea que asistimos al final de la contraposición entre naturaleza y sociedad. Por rara paradoja, lo grave de esta situación es que "el efecto secundario inadvertido de la socialización de la naturaleza es la socialización de las destrucciones y amenazas de la naturaleza, su transformación en contradicciones y conflictos económicos, sociales y políticos: las lesiones de las condiciones naturales de la vida se transforman en amenazas médicas, sociales y económicas globales para los seres humanos, con desafíos completamente nuevos para las instituciones sociales y políticas de una sociedad mundial superindustrializada" **(2)**.

En consonancia con las ideas centrales de la encíclica papal, Beck sostiene que "los proble-

(*) Abogado (UBA). Titular de Cátedra de Derecho de los Recursos Naturales de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Profesor y subdirector del Posgrado de Especialización en Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Secretario de Juicios Ambientales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Exfuncionario de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación. Director de la *Revista de Derecho Ambiental* (Ed. Abeledo Perrot).

(1) CAFFERATTA, Néstor — PERETTI, Enrique, "Nuevos desafíos del derecho ambiental. La solidaridad y la sustentabilidad como pilares del derecho ambiental", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2019, cap. 2: "Encíclica *Laudato Si': el cuidado de nuestra casa común. Una hoja de ruta indispensable*". CAFFERATTA, Néstor, "Encíclica papal *Laudato Si'*: el cuidado de la casa común", RDAmb, nro. 43, Ed. AbeledoPerrot, julio-septiembre de 2015, p. 255. GARROS MARTÍNEZ, Cristina, "La encíclica verde del papa Francisco. *Laudato Si'* (Alabado seas)", en *Ambiente y pobreza. Una mirada interdisciplinaria*, Ed. EUCASA, 2015, p. 65. PIZARRO, Manuel, "Carta encíclica *Laudato Si': su proyección sobre la protección del ambiente y la tutela efectiva*", RDAmb, nro. 45, Ed. AbeledoPerrot, enero-marzo 2016, p. 1. YORENT, Yésica, "La aplicación del principio precautorio y su recepción en la carta encíclica *Laudato Si'*", RDAmb, nro. 45, Ed. AbeledoPerrot, enero-marzo 2016, p. 13. Arzobispo POLI, Mario, "Claves para la encíclica *Laudato Si'*", RDAmb, nro. 46, Ed. AbeledoPerrot, abril-junio 2016, p. 15, p. 49.

(2) BECK, Ulrich, "La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad", Ed. Paidós Surcos 25, Barcelona, 2010, 3ª imp., ps. 113-114.

mas del medio ambiente no son problemas del entorno, sino (en su génesis y en sus consecuencias) problemas sociales, problemas del ser humano, de su historia, de sus condiciones de vida, de su referencia al mundo y a la realidad, de su ordenamiento económico cultural y político".

Como corolario a ese pensamiento, llega a una conclusión determinante: "A finales del siglo XX hay que decir que la naturaleza es sociedad, que la sociedad es (también) naturaleza. Quien hoy sigue hablando de la naturaleza como no sociedad, habla con las categorías de otro siglo, las cuales ya no captan nuestra realidad".

La actitud que asume el abusador es propia de todo aquel que, bajo el amparo aparente del ejercicio de un derecho individual, derecho propio, o de bienes disponibles, lo ejerce finalmente violando la juridicidad, desde el punto de vista material del acto, incurriendo en un acto injusto o ilícito, con un criterio objetivo, porque contraría los fines del ordenamiento jurídico, o con un criterio subjetivo, porque se excede de los límites impuestos por la moral, las buenas costumbres o la buena fe, ejerciendo un derecho individual o subjetivo de un modo irregular o antijurídico.

Este sujeto, con su obrar abusivo, menoscaba, afecta o perjudica el medio ambiente que lo rodea, deteriora la calidad de vida de la población, actúa con total desprecio por su entorno, ejerce una prerrogativa jurídica, personal (derecho creditorio o prestacional) o real (p. ej., la titularidad del dominio), de una manera antifuncional, contraria a los fines del ordenamiento jurídico (conforme la fórmula del art. 10 del Cód. Civ. y Com.), los fines que tuvo en mira la institución, o de la misma ley (art. 1071, Cód. Civil derogado, texto s/ley 17.711), violando el sistema jurídico que le da sustento a ese mismo derecho.

II. El respeto al otro

Hace muchos años atrás, la profesora española Eulalia Moreno Trujillo **(3)** sostenía una tesis sugerente: básicamente, que el derecho ambiental se basaba en el genérico deber de respeto a la persona, recogida por prestigiosa doctrina: Roca Juan, Díez-Picazo y Gullón, y De Castro, entre otros.

Deber de respeto en "el otro" (no dañar al otro), que —consideramos— hoy abarca no solo la persona, el ser humano (sujeto de derecho, el hombre, la persona física o de existencia real), sino también el grupo, la colectividad, la humanidad y los otros seres vivientes (animales, no humanos); asimismo, dentro de estos "nuevos otros", que plantea inteligentemente Federico de Lorenzo **(4)**, el otro son las generaciones futuras, las comunidades indígenas, los vulnerables, los marginales, los sectores más pobres de la sociedad o los "parias ambientales", como los llamara Antonio H. Benjamín **(5)** en un memorable fallo del Supremo Tribunal de Justicia del Brasil, olvidados, excluidos de este mundo o invisibles, discriminados sociales —ahora refugiados ambientales— de la "sociedad líquida" (Bauman) o de la "sociedad del riesgo" (Beck) del siglo XXI.

La temática ambiental está ligada con la protección del otro, del entorno que nos rodea, forma parte de nuestra vida, nos condiciona, porque constituye el soporte mismo de nuestra vida individual y en comunidad; el art. 41, CN, adjetiva el derecho al ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, por lo que el ambiente o entorno debe reunir estas características para dar sustento a la vida, proteger la salud (sano), el equilibrio de los ecosistemas

(3) MORENO TRUJILLO, Eulalia, "La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro", Ed. Bosch, Barcelona, 1991, ps. 107-112.

(4) DE LORENZO, Miguel F., "Una nueva dimensión del principio de no dañar al 'otro'", RCyS 2014-1, tapa; "El principio de no dañar al 'otro'", LA LEY 2014-E, 1350; "El principio de no dañar al 'otro'", en *Presente y futuro de la responsabilidad civil. Actas de Congreso Nacional de 3 y 4 de noviembre de 2016,* Universidad Alberto Hurtado, Ed. Thomson Reuters, Santiago de Chile, p. 147.

(5) Recurso especial 1.310.471, 2011. "Caso Acumuladores Ajax Ltda.", STJ Brasil, sentencia del 18/06/2013. LORENZETTI, Ricardo — LORENZETTI, Pablo, "Derecho ambiental", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2018, Apéndice Jurisprudencial de esta magnífica obra. RINALDI, Gustavo, "Parias ambientales. Comentario a la sentencia del ST de Brasil 'Acumuladores Ajax do Estado do Sao Paulo'", en *Ambiente y pobreza. Una mirada interdisciplinaria,* ob. cit., p. 217; "Injusticia y segregación ambiental por la contaminación. Comentario a la sentencia del STJ Brasil", RDAmb, nro. 38, Ed. AbeledoPerrot, julio-septiembre 2014, p. 237.

que lo componen y, en definitiva, que resulte idóneo humanamente.

Esta fórmula constitucional se integra con la idea de la sustentabilidad que, en realidad, deberá interpretarse como un pilar sustantivo de la especialidad, que apunta a satisfacer las necesidades del presente, en términos de equidad, sin comprometer las de las generaciones futuras.

Esta finalidad sustantiva persigue, fundamentalmente, garantizar —de mínima— la supervivencia y subsistencia de la especie humana y, con ella, de los procesos ecológicos de la naturaleza.

Con esta idea central, el abuso del derecho tiene efectos negativos sobre los derechos individuales de los otros y sobre el ambiente. Por ello, está claro que este instituto tiene una doble dimensión: porque no solamente impacta perjudicando derechos subjetivos individuales o propios de otros sujetos, sino que, asimismo, puede impactar negativamente sobre el ambiente.

Aunque Bidart Campos **(6)**, desde otra perspectiva, advertía que podía existir abuso de derecho público. Ello así, porque el abuso de derecho "individual" o "clásico" es, desde el punto de vista del sujeto que realiza la acción, el ejercicio de un derecho diferenciado, propio, personal o subjetivo, respecto de bienes disponibles, de propiedad privada, de un particular o del Estado mismo; en este supuesto sería, por ejemplo, un concesionario de obra pública o permisionario que explota bienes del dominio privado del Estado quien ejercería una conducta abusiva, en detrimento —esto es central— de otros derechos individuales subjetivos, que podrían tener características de plurales individuales homogéneos.

Este subtipo de abuso del derecho "individual", más conocido o usual, con mayor tradición o clásico, regulado en el art. 10 del Cód. Civ. y Com., es más acotado o discreto en comparación con el abuso del derecho "colectivo" o, en la especie, "ambiental", porque el perjuicio del abuso del derecho "individual" recae sobre un patrimonio concreto propio, sobre una persona y sus bienes diferenciados, o fragmentario, dando derecho al resarcimiento o a la adopción de medidas de cese o prevención.

La novedad que contiene el Código de derecho privado es el abuso del derecho colectivo o ambiental. Porque el art. 14, Cód. Civ. y Com., establece que "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general".

III. Abuso del derecho individual

Algo más sobre el abuso del derecho individual.

No fue pacífico el ingreso del abuso del derecho clásico o tradicional (abuso del ejercicio de un derecho individual con relación a derechos individuales) en el derecho civil. Por el contrario, generó un debate intenso en la doctrina, incluso en la jurisprudencia.

Es que, formulada la idea en la doctrina por Josserand **(7)**, como reacción a esta idea liberal individualista, para romper ese absolutismo legalista, encontró rápida resistencia de un jurista notable, como Planiol **(8)**, que, con un razonamiento simple pero profundo, puso en cuestionamiento la teoría de abuso del derecho, que la jurisprudencia francesa de mediados del siglo XIX consagrara. Así, el razonamiento cuestionador era sencillo: no podía existir abuso de derecho, porque la conducta de esta clase era lícita o ilícita, o era derecho o no era derecho. Si era abuso no era derecho. No se podía hablar de derecho en esos casos. Por rara paradoja, se había tendido una trampa para la introducción de una figura de enorme valor jurídico.

Sostiene enfáticamente el maestro francés, según lo señalara Moisset de Espanés **(9)**, que

(6) BIDART CAMPOS, Germán J., "El abuso 'de' derecho en el derecho público", Ed. Academia Nacional de Derecho, 10/07/2003, p. 282.

(7) JOSSERAND, Louis, "El espíritu de los derechos y su relatividad", trad. de E. Sánchez Larios y J. M. Cajica, Puebla, México, 1946, p. 22.

(8) PLANIOL, Marcel, "Traite élémentaire de droit civil", 6ª ed., Paris, 1912.

(9) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "El abuso del derecho", Ed. Academia Nacional de Derecho y ciencias So-

"no puede jamás concebirse el 'uso abusivo' de derecho, ya que, un mismo acto no puede ser simultáneamente 'conforme' y contrario a derecho".

El debate se dio no solo en el derecho francés y europeo, sino también en todo el derecho comparado en general, y en especial en nuestro clásico derecho civil nacional. "El abuso era una teoría extraña al Código de Vélez" (Mosset Iturraspe). Recién en 1968 la ley 17.711 incorporó en nuestro ordenamiento la proscripción del ejercicio abusivo por medio de un agregado al art. 1071. Concordante, el art. 2513 mencionaba el "ejercicio regular" del derecho de propiedad, y el art. 2618, el "uso regular de la propiedad".

Quienes combaten la teoría del abuso del derecho sostienen que su valoración depende de "concepciones ideológicas políticas", y "aun de sentimientos y de la visión del juzgador" [Laquis **(10)**]; "desemboca fatalmente en un criterio de relatividad de los derechos subjetivos, sacrifica los principios de voluntad, libertad, favorece la arbitrariedad judicial" [Risolía **(11)**]. En síntesis, posiciones liberales, individualistas, egoístas, vinculadas con viejas ideas positivistas del derecho, legalistas formales, de la Revolución Francesa de 1789 y del Código Napoleón de 1804.

Estas ideas fueron seguidas en nuestro país por Juan A. Bibiloni, autor del Anteproyecto de 1929, cuyo art. 411 disponía que "los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, aunque de ellos resulte perjuicio a tercero".

Alberto G. Spota **(12)** fue quien de manera más amplia y clara introdujo la idea de la relatividad de los derechos y el abuso de los derechos: "Los derechos subjetivos han de ejercerse guardando la debida concordancia con los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico"; al lado del objeto-fin individual se encuentra el objeto fin-social. Entre uno y otro no debe verse oposición, sino una necesaria complementación o armonización. "Los derechos absolutos o incausados constituyen un grupo tan reducido que su ámbito va siendo de más en más estrechado"; este autor concibe el derecho subjetivo como un derecho-deber.

Spota sostenía que es necesario ampliar el campo de la antijuridicidad, junto a la antijuridicidad formal (ilicitud, por contrariar una prohibición de base legal), la antijuridicidad material (prohibición que surge por implicancia, desprendida de los principios que sostienen el orden público y la moral social o las buenas costumbres); distingue, a su vez, tres categorías de actos: contrario al derecho (por violar el plexo normativo), el acto en fraude al derecho, y aquel que importa un ejercicio abusivo del derecho.

Para este autor, el abuso constituyó un intento por "establecer la llamada policía jurídica de los derechos individuales con el objetivo de evitar que se ejerza de modo antifuncional, es decir, contra los fines económicos sociales que el derecho subjetivo tiene".

Barbero **(13)** decía que los fines de las instituciones y de las normas son "el tejido conjuntivo" que no puede ser desconocido por los miembros de la sociedad donde el derecho rige.

Al respecto, es analógica la cuestión a un debate doctrinario que se dio por casi un siglo en nuestra doctrina; me refiero a la discusión sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil por daño derivada de las molestias en las relaciones entre vecinos.

IV. El acto excesivo

Esta polémica se suscitó con los viejos arts. 2618 y 2619 del Código de Vélez Sarsfield, que regulaban las molestias provenientes del ruido

ciales de Córdoba, *http://www.acader,unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf*.

(10) LAQUIS, Manuel A., "El abuso del derecho y las nuevas disposiciones del Código Civil", en *Examen y crítica de la reforma. Parte general, Ed. Platense, La Plata, 1971, t. 1, p. 385, y ED 24-931*.

(11) RISOLÍA, Marco A., "Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1958, ps. 145-148.

(12) SPOTA, Alberto, "Tratado de derecho civil. Relatividad y abuso del derecho", Ed. Depalma, 1947, vol. 2, t. 1, p. 334.

(13) BARBERO, Doménico, "Sistema del derecho privado", Ed. Ejea, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 67.

de actividades en establecimientos industriales vecinos que exceden el límite de las "incomodidades ordinarias", y cuyo único régimen de reparación previsto era económico, mediante un resarcimiento, discusión que prosiguió durante la vigencia del reformulado art. 2618, Cód. Civil, por la reforma de la ley 17.711/1968, que —entre otras modificaciones introducidas a su texto— amplió los supuestos de responsabilidad, incluyendo una enunciación meramente ejemplificativa, como olor, calor, luminosidad. Hablaba, además, de actividades en inmuebles vecinos, y del régimen de responsabilidad, incluyendo junto a la indemnización la opción de la cesación, para las molestias que por sus características exceden el límite de la "normal tolerancia".

Mosset Iturraspe **(14)** enseñaba que los arts. 2618-2619 del Cód. Civil (Vélez) eran de los pocos supuestos de responsabilidad civil por daño de base objetiva que contenía el Código de 1869-1871. Pero al momento de justificar esta clase de responsabilidad se recurría a diversas explicaciones (del cuasi contrato, de la culpa, del uso excepcional del fundo, del riesgo creado, de la expropiación, de la inmisión), dentro de las cuales una de las doctrinas sostenía que el factor de atribución de la responsabilidad civil por daños, en este caso, o la fuente del derecho, estaba centrada en el abuso del derecho (Colin et Capitant, "Cours élémentaire de droit civil français", t. I, p. 757).

Aunque las restricciones a cargo del titular del dominio y sus consiguientes responsabilidades no surgen de un ejercicio anormal de sus facultades, ni por hacerlo en contra de los fines inherentes al dominio, como lo enseñaba Lafaille, sino de un "acto excesivo" que, siguiendo la opinión del talentoso Josserand, produce un perjuicio anormal y, en consecuencia, injusto, por tratarse de un acto inesperado, insólito, discordante, que ha roto el equilibrio de la situación jurídica de los fundos vecinos.

Esta teoría, de la que participamos, es acompañada en nuestra doctrina por juristas de la talla de Chavarrí **(15)**, Adrogué **(16)**, Mosset Iturraspe **(17)** y Andorno **(18)**, entre otros, señalando que el fundamento de la responsabilidad por daños en casos de molestias intolerables es la "conducta excesiva", según la fórmula de la teoría de la "influencia" de Ihering **(19)**, que se trata de una conducta discordante o perturbadora de la armonía o la paz del entorno, y se hace un esfuerzo doctrinario por distinguirla del abuso del derecho; existe una sospecha de que finalmente sea excesiva o discordante (en una fórmula parecida a la contenida en el art. 35 del Cód. Penal, hay exceso en el ejercicio del derecho cuando el agente traspasó los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad), o una conducta abusiva. Lo cierto es que, en todo caso, lo reprochable es la extralimitación en la que incurre quien actúa de esta forma.

V. Abuso del derecho ambiental

Ahora bien, ¿cuándo la conducta se puede calificar de abusiva desde el punto de vista ambiental? El subtipo abuso del derecho ambiental o "eco-abuso", según la feliz denominación que

(14) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños. Responsabilidad sin antijuridicidad", Ed. Ediar, 1981, t. II, p. 50.

(15) CHAVARRI, Ángel, "Régimen jurídico de las molestias (art. 2618, CC)", *Revista de la UNBA en homenaje a Rafael Bielsa, vol. 5, 1981, p. 176.*

(16) ADROGUÉ, Manuel I., "Las molestias entre vecinos en la reforma civil", en AA.VV., *Temas de derechos reales*, Ed. Plus Ultra, cap. V; "Las molestias entre vecinos en la reforma del Código Civil, ley 17.711", LA LEY 1996-C, 718.

(17) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", t. II-B: "Parte especial. Daños causados por inmisiones inmateriales, art. 2618", Ed. Ediar, 1981, p. 126. De este mismo jurista, "El abuso del derecho en las relaciones de vecindad. Los límites en el ejercicio. Los excesos. Las normas administrativas", *Revista de Derecho de Daños:* "Relaciones de vecindad", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, vol. 2, p. 39.

(18) ANDORNO, Luis O., "La responsabilidad civil por el daño ambiental, art. 2618, CC", *Rev. Col. de Abog. Rosario,* nro. 13, 1978/80; "El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano", JA 1995-II-892; "Las molestias de vecindad (art. 2618, CC). La responsabilidad por daño ambiental", JA 1999-IV-1074.

(19) Cfr. LEGÓN, Francisco, "Tratado de los derechos reales en el Código y en la reforma", Ed. Abeledo, Buenos Aires, 1943, t. VII-V, p. 273.

propone Gonzalo Sozzo **(20)**, responde a los mismos estándares que el clásico abuso del derecho individual. La conducta individual que se encuadra dentro de la especial figura del abuso del derecho es aquella que, subjetivamente, es contraria a la moral, las buenas costumbres o la buena fe; u, objetivamente, se constituye en un comportamiento contrario a los fines del ordenamiento jurídico.

Pero, como señala este notable autor santafecino, "el abuso del derecho es una reformulación del derecho subjetivo, es un límite interno", porque lo que está haciendo es internalizando "dentro de la estructura del derecho subjetivo, la sustentabilidad, como una de las funciones del derecho subjetivo. En Francia, tuvo un intenso debate, entre Josserand, León Duguit y otras corrientes de opinión".

El comportamiento abusivo es igualmente "disfuncional", porque contraría no solo los fines (*telos*) del ordenamiento, sino también, en especial para el caso del abuso del derecho ambiental, el funcionamiento y la sustentabilidad del ecosistema.

Sabemos que el derecho ambiental es un derecho sistémico; tiene por fin lograr la sustentabilidad, en el sentido de garantizar, en una visión global, la supervivencia, perdurabilidad, armonía, orden regular, o la compatibilidad del funcionamiento del sistema natural (función ecológica) con el funcionamiento del sistema social, de la Tierra (la naturaleza) y el Mundo (la humanidad, el hombre).

Por eso la importancia de comprender este nuevo instituto del Código Civil y Comercial, regulado en los arts. 10 y 14, con lo establecido en el art. 240 del Cód. Civ. y Com. El "verde" ecológico que impregna el art. 14, Cód. Civ. y Com., no llega a comprenderse totalmente si no se lo conjuga con la normativa del art. 240, porque uno establece que no se podrá llevar adelante actividades abusivas para el medio ambiente, en tanto que el otro señala un límite para el ejercicio de los derechos individuales, que deberá ser compatible con el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva y no afectar el funcionamiento y la sustentabilidad de ecosistemas, agua, flora, fauna, paisaje, biodiversidad, valores culturales.

El art. 14, Cód. Civ. y Com., juega en conjunto con el art. 240 de dicho Código: son dos normas que ponen un límite, una frontera, firme y decidida, a las conductas que se extralimitan, en detrimento o afectación del derecho ambiental; ello así, sin olvidar el "heredero" de la tradicional norma de molestias intolerables, que hoy se reformula, en el art. 1973 del mismo Código, envolviéndose de un título que se remonta a sus orígenes, fruto de la labor de los pretores en materia de inmisiones inmateriales, pero que, además, incluye, entre los estándares para la adopción del juicio de ponderación, el interés público, que como telón de fondo se aloja en el interés general, propio del derecho ambiental.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ese mismo sentido, dijo en la causa "Barrick" **(21)**: "Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240, Cód. Civ. y Com.) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1º, 2º y 4º de la ley 25.675 General del Ambiente)".

Hemos dicho antes que ahora que el art. 240 [regla de compatibilización, según la precisa denominación de Pablo Lorenzetti **(22)**, o regla de socialización, conforme lo señala Ricardo Lorenzetti **(23)**] "es la columna vertebral del dere-

(20) SOZZO, Gonzalo, "El giro ecológico del abuso de derecho", RDAmb, nro. 51, p. 1. Para ampliar, de este mismo autor: "Derecho privado ambiental. El giro ecológico del derecho privado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2019.

(21) CS, 04/06/2019, "Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 140/2011 (47-B)/CS1, originario, Fallos 342:917; LA LEY 2019-D; LA LEY del 14/08/2019, con comentarios de CATALANO, Mariana, "El fallo 'Barrick' en clave constitucional", de FALBO, Aníbal, "La Corte Nacional y la emersión ambiental de los recursos naturales", y de ESAIN, José, "La Corte y la Ley de Glaciares bajo el escrutinio del control de complementariedad".

(22) LORENZETTI, Pablo, "Código Civil y Comercial de la Nación: compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual", JA 2015-3; JA del 30/09/2015, p. 3. LORENZETTI, Ricardo — LORENZETTI, Pablo, "Derecho ambiental", ob. cit.

(23) LORENZETTI, Ricardo, "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Có-

cho ambiental en el Código Civil y Comercial", pero no queremos dejar de destacar la enorme importancia que tiene en este Código la novísima institución del abuso del derecho ambiental (eco-abuso), para seguir las enseñanzas del Prof. Gonzalo C. Sozzo, que nos anuncia, de acuerdo con este mismo autor, el "giro ecológico" del derecho privado.

El abuso del derecho ha sido una de las grandes conquistas o avances del derecho, porque puso límites a un derecho de propiedad o dominio absoluto, ilimitado, por el que el titular del bien podía actuar a su antojo, destruir, alterar de manera significativa los bienes de la naturaleza; era, entonces, "el señor" absoluto, que explotaba con total libertad —incluso irracionalmente— la propiedad, sea esta de objetos, animales, cosas o inmuebles **(24)**.

Con ese sistema jurídico cultural, la contaminación ambiental, la degradación o el franco deterioro irreversible del ambiente fueron la moneda más común, porque, en definitiva, lo que se hacía estaba dentro del derecho.

Se creyó que el hombre podía dominar la naturaleza, someterla, subyugarla y hacer con ella lo que plazca, hasta destruirla o aniquilarla; esta concepción era válida tanto para la propiedad privada, propia o individual, como para los bienes del Estado, incluyendo los bienes comunes o colectivos (que se creía que eran *res nullius*, en muchos casos), hasta que finalmente la naturaleza habló: con la contaminación, el hombre resultó ser el primer afectado; con la pérdida de bienes de la naturaleza surgió el primer inconveniente; la naturaleza se transformó en un bien escaso, finito o limitado; dejó de proveer recursos al hombre, con lo que se transformó, con el tiempo, en una fuente no ya de riqueza, sino de pobreza.

La contaminación del aire generó el efecto invernadero, el cambio climático y el calentamiento global de la atmósfera, la disminución de la capa de ozono y la desertificación; también, que se tornaran inhabitables grandes porciones de tierra, incluso por grandes inundaciones periódicas o constantes, lo que contribuyó a las variables extremas de las condiciones meteorológicas, porque el calor o el frío, las heladas o las lluvias tornan imposible la vida, no solo de la comunidad de personas, sino también de otros seres vivos. Este panorama casi apocalíptico hoy tiene nuevas expresiones, de mayor entidad y preocupación para la humanidad: la proliferación de epidemias (pandemias), de enfermedades virulentas, desconocidas, sumamente contagiosas y peligrosas; la aparición frecuente y crónica de infecciones contagiosas, con efectos rápidamente propagatorios letales, que afectan gravemente y ponen en jaque directamente la salud humana, provocadas por zoonosis y vinculadas con desajustes, abusos o desarreglos alimentarios y con conductas humanas en su relación con la vida silvestre, con la naturaleza, que llevan a un salto del virus de los animales a los humanos. ¿No es este comportamiento abusivo?

Entre las causas más probables de estos macroproblemas parece estar el abuso del derecho ambiental. Un sistema alimentario obsoleto, basado en el aniquilamiento de la naturaleza, en los abusos contra la vida de los animales, con un consumo insustentable, podría calificarse como "el principal disparador de estas enfermedades"; "la relación abusiva y depredadora que establecimos con la naturaleza en general y con los animales en particular" (Soledad Barruti), la destrucción o la fragmentación del hábitat, el desprecio por las condiciones de vida de los animales, el tráfico clandestino de especies en peligro de extinción, tanto de la vida silvestre como domésticos, conforman una normalidad anormal que explotó: en este contexto, es probable afirmar que en la base de esta dramática situación está la cuestión ecológica, porque la altera-

digo Civil y Comercial de la Nación", LA LEY 2012-C, 581; "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación", en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación,* Ed. La Ley; LORENZETTI, Ricardo (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, t. I, arts. 1º a 256; "Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación", en *La vigencia de un nuevo Código, LA LEY* del 03/08/2015, p. 2; "Fundamentos de derecho privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", Ed. La Ley, 2016.

(24) PERETTI, Enrique, "Ambiente y propiedad", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014; "La sentencia ambiental. Su eficacia", *Revista de Derecho Público, 2009-II*: "Derecho ambiental - II", Ed. Rubinzal-Culzoni, noviembre de 2009, p. 321; "El juez ante la indemnización por daño ambiental. Criterios de valoración", RDAmb, nro. 10, Ed. LexisNexis, abril-junio 2007.

ción del medio ambiente genera nuevos virus o enfermedades, en un mundo globalizado.

De la biodiversidad sabemos tan solo algo por las leyes de la evolución (por Darwin), pero nada de la razón que explica la existencia de tal diversidad de especies, genética y de ecosistemas [Kemelmajer de Carlucci **(25)**]; con la sexta extinción masiva de especies y un número de más de un millón de especies en peligro de desaparición. Ramón Martín Mateo **(26)**, en este contexto de muerte y conductas abusivas destructivas, predicaba que la especie *hombre* está en peligro de extinción.

VI. Derecho ambiental como interés universal

En este último tiempo, además, hemos descubierto que el derecho ambiental es un interés universal, un derecho fundamental para la existencia, sobrevivencia o supervivencia de la humanidad [en ese mismo sentido, ver la OC 23/17 Colombia **(27)**, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o la reciente sentencia del 02/04/2020 en la causa iniciada por la comunidad indígena Lhaka Honhat contra la Argentina].

Es enorme el desafío que nos impone el respeto por la naturaleza, sus ciclos naturales, el funcionamiento y la sustentabilidad de los ecosistemas, por estas horas en las que la humanidad toda lucha frente a la propagación de un virus, en la primera epidemia global, provocada por el COVID-19 **(28)**, así como una serie de casos de ébola, SARS y gripe española; parece una advertencia acerca de los límites del obrar humano con relación a la naturaleza, el medio ambiente y los bienes comunes.

VII. La buena fe ambiental (29)

Otro aspecto que es relevante en el desarrollo de este novísimo instituto del derecho privado (el abuso de derecho ambiental o eco-abuso) es el elemento "buena fe" que lo caracteriza, porque el principio de buena fe **(30)** no solamen-

(25) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Los animales frente al derecho: ¿un nuevo paradigma?", RDAmb, nro. 60, p. 14.

(26) MARTÍN MATEO, Ramón, "El hombre: una especie en peligro", Ed. Campomanes, 1993.

(27) ESAIN, José A., "La Opinión Consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el nacimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales", LA LEY, *Supl. Amb.* del 23/11/2018, p. 1; LL AR/DOC/2354/2018.

(28) CAFFERATTA, Néstor — PERETTI, Enrique, "Pandemia de coronavirus. El dramático desafío global de la humanidad", en *rubinzalonline.com.ar. CAFFERATTA, Néstor A.,* "El papel del derecho ambiental en la lucha contra el coronavirus", Fundación Expo Terra, abril 2020.

(29) CAFFERATTA, Néstor A., "El principio de buena fe en el derecho ambiental", en CÓRDOBA, Marcos (dir.) —LAJE, Alejandro (coord.), *Tratado de la buena fe en el derecho. Evolución del principio,* Ed. UAI, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2019, p. 625.

(30) Para ampliar, véanse los siguientes aportes en CÓRDOBA, Marcos (dir.), *Tratado de la buena fe*, Ed. La Ley, 2004 (asimismo, ed. 2019): ALFERILLO, Pascual E., "Reflexiones sobre la vinculación de la mala fe con los factores de atribución subjetivos", cap. XVI, t. I, p. 221; ALPA, Guido, "La buena fe integrativa", t. II, p. 175; ALTERINI, Jorge, "La buena fe y los perjuicios ante las adquisiciones a título gratuito", cap. XII, t. I, ps. 151-165 (y en *Supl. Academia Nacional de Derecho,* 11/07/2003, p. 47); ANDORNO, Luis, "La buena fe en la posesión", cap. XXXIII, t. I, p. 407; BUERES, Alberto, "La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual", cap. XIX, t. II, p. 285; BIDART CAMPOS, Germán, "Una mirada constitucional al principio de la buena fe", cap. IV, t. I, ps. 43-53; CLERC, Carlos M., "La buena fe y el derecho ambiental", cap. LX, t. I; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, "El principio de la buena fe en las relaciones jurídicas de derecho privado", cap. XIII, t. I, ps. 169-179; DALLA VIA, Alberto J., "La buena fe y los abusos en el derecho público", cap. IV, t. I; DE LOS MOZOS, José L., "La buena fe en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia", t. II, p. 257; GARRIDO CORDOBERA, Lidia, "La buena fe como pauta de interpretación en los contratos", cap. XXII, t. I, p. 335; GASTALDI, José M., "La buena fe en el derecho de los contratos. Su consagración desde el Código Civil de Vélez Sarsfield", t. II, p. 299; GOLDENBERG, Isidoro, "La buena fe como principio tutelar del tráfico jurídico", cap. XXXII, t. I, p. 503; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El principio general de buena fe en el derecho administrativo", t. II, p. 339; GOZAÍNI, Osvaldo, "El principio de buena fe en el proceso civil", cap. LIV, t. I; GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T., "La buena fe en el derecho internacional. Sentido y alcance", cap. LXI, t. I; LLAMAS POMBO, Eugenio, "La buena fe y cláusulas abusivas en la contratación con consumidores", t. II; LANDONI SOSA, Ángel, "El principio de moralidad: base fundamental para un proceso justo", t. II, p. 391; LOUSSOUARN, Ivón, "La buena fe", t. II, p. 5; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., "La buena fe en las relaciones de consumo con especial referencia al deber de información", cap. XXVIII, t. I,

te es un principio general del derecho, según lo establece el art. 9º del Cód. Civ. y Com., sino también porque la buena fe, que es "el faro que ilumina todo el derecho", es un elemento clave para el ejercicio del derecho ambiental. Por ello, es el Principio 27 de la Declaración de Río 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable.

Francesco Carnelutti **(31)**, elocuentemente, decía que la buena fe "hace milagros también en el campo del derecho"; por ello, García Goyena, en su comentario al art. 978, según la cita de Mosset Iturraspe **(32)**, afirmaba que "la equidad y la buena fe son el alma de los contratos", en tanto que para Emilio Betti **(33)** se trataba del principio cardinal para la nueva legislación; incluso reconocía en la buena fe "una función de creación jurídica, en el sentido de que, dentro de ciertos límites, la buena fe suple la forma deficiente del acto u otorga al mismo, efectos diferentes", "en cuanto la buena fe conduce a aliviar obligaciones asumidas en el contrato y a operar una modificación e incluso una resolución del vínculo contractual, según una exigencia de adaptación a circunstancias sobrevenidas".

Rudolf von Ihering **(34)** sostiene que la buena fe cumplía una doble función: "de conservación" y de "extensión del derecho", llegando de esta forma a "soportar el rigor de una ley que se hubiera vuelto repugnante para su misma forma de vida" (Mosset Iturraspe); este mismo autor señala: "cuando debido a esto la estabilidad de la ley se hallaba al borde del colapso, aparecía el resorte, el contrapeso o atenuante de lo que se denomina la *bona fides*".

Es conocida por la doctrina la clasificación de la buena fe **(35)**: buena fe objetiva, sinónimo de honestidad, probidad, buena fe-lealtad, y la buena fe subjetiva, respeto a la apariencia o creencia en una situación o relación jurídica.

---

p. 433; MORELLO, Augusto M., "El principio de la buena fe en la sociedad del riesgo", cap. III, t. I, ps. 35-41; NICOLAU, Noemí, "El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato", cap. XXI, t. I, p. 321; NÚÑEZ SANTIAGO, Beatriz A., "La buena fe: el orden alimentario", cap. LVIII, t. I; PIAGGI, Ana I., "Reflexiones sobre dos principios basilares del derecho: la buena fe y los actos propios", cap. III, t. I, ps. 35-41; PIGRETTI, Eduardo, "La buena fe en el derecho ambiental", cap. LIX, t. I; SISCO, Eduardo E., "La buena fe y los contratos de adhesión", cap. XXVI, t. I, p. 407; TRIGO REPRESAS, Félix A., "La buena fe y su relación con la responsabilidad civil", cap. XV, t. I, p. 203. Asimismo, véanse CÓRDOBA, Marcos, "La buena fe positivizada como principio general del derecho", RCCyC 2016 (agosto), p. 125; REZZÓNICO, Juan C., "El pacto comisorio, la buena fe, el abuso del derecho y siempre la regla moral", ED 14-140; BIANCHI, Enrique P. — IRIBARNE, Héctor P., "El principio general de la buena fe y la doctrina *venire contra factum proprium non valet*", ED 106-851; DE LOS MOZOS, José L., "La buena fe en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina", en AA.VV., *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al doctor Roberto López Cabana*, Ed. Hammurabi, 2001, p. 629; y "La exigencia de buena fe en el tráfico negocial moderno", en AA.VV., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Dr. Atilio Alterini*, Ed. AbeledoPerrot, 1997, p. 879; FRANZONI, Massimo, "La buena fe y la equidad entre las fuentes de integración del contrato", en AA.VV., *Derecho privado*, Ed. Hammurabi, 2001, p. 517; GIAVARINO, Magdalena, "El deber de buena fe en las relaciones contractuales", en AA.VV., *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al doctor Roberto López Cabana*, ob. cit., p. 609; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El principio general de la buena fe en el derecho administrativo", Ed. Civitas, 2009; MOLINA QUIROGA, Eduardo, "La buena fe en la etapa pre-contractual. Contratos informáticos", en AA.VV., *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al doctor Roberto López Cabana,* ob. cit., p. 849; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El ejercicio de los derechos: buena fe, abuso del derecho y abuso de posición dominante", *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* 2102-2: "Proyecto de Código Civil y Comercial - I"; STIGLITZ, Rubén, "El principio de buena fe", en AA.VV., *Homenaje al profesor doctor Alberto J. Bueres,* Ed. Hammurabi, 2001, p. 505; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La buena fe y las relaciones jurídicas", en AA.VV., *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina,* Ed. Abeledo Perrot, 1990, t. I, p. 261.

(31) CARNELUTTI, Francesco, "Teoría general del derecho", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 292.

(32) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El abuso en el pensamiento de tres juristas trascendentes: Risolía, Spota y Llambías. Una situación concreta: el abuso y el derecho ambiental", *Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1997-16*: "Abuso del derecho"; "El ejercicio de los derechos: buena fe, abuso del derecho y abuso de posición dominante", ob. cit.; "El abuso del derecho y el medio ambiente", *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* 1998-16, Ed. Rubinzal-Culzoni.

(33) BETTI, Emilio, "Teoría general de las obligaciones", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, ps. 69 y ss.

(34) IHERING, Rudolf von, "El espíritu del derecho romano", Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1947.

(35) STIGLITZ, Rubén, "El principio de buena fe", ob. cit., p. 505.

La buena fe puede ser aplicada para evitar un abuso del derecho o para evitar un *venire contra factum*, para ampliar las obligaciones negociales, aliviar las obligaciones asumidas o respetar la apariencia jurídica o creencia, sin pretender agotar el catálogo.

En el Código Civil y Comercial aparece contemplada en los referidos arts. 9º (los derechos deben ser ejercidos de buena fe), 10 (la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos; se considera tal el que contaría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres), 14 (la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general), 729 (deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de buena fe) y 961 (los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe).

Se recuerda que el art. 1134 del Código Napoleón, que fue reproducido por Vélez, en el art. 1197 (autonomía de la voluntad) contenía una última parte, que nuestro codificador no incluyó: "las convenciones deben ser cumplidas de buena fe". Llamativamente, omitió, calló o silenció (Mosset Iturraspe) la mención expresa a la buena fe, probablemente porque consideró que el concepto era impreciso o vago (Orgaz); a su vez, siguiendo las enseñanzas del querido profesor santafecino **(36)**, el art. 1135 del Código francés fue la fuente directa del art. 1198 del viejo Código nacional, que predicaba que "los contratos obligan" no solo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a "todas las consecuencias que hubiesen sido virtualmente comprendidas", a través de lo cual se colaba tímidamente el principio de buena fe, pero el pensamiento positivista de la época lo relegó en el olvido y la ley 17.711/1968, finalmente, lo modificó por la fórmula de la buena fe creencia: lo que "las partes entendieron o pudieron entender".

(36) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El abuso en el pensamiento de tres juristas trascendentes...", ob. cit.; "El ejercicio de los derechos: buena fe, abuso del derecho y abuso de posición dominante", ob. cit.; "El abuso del derecho y el medio ambiente", ob. cit.

Nuestro derecho ambiental es un derecho propio de la "sociedad de la transparencia" (Byung-Chul Han), por eso el Acuerdo de Escazú **(37)** para la región de América Latina y el Caribe, propuesto por las Naciones Unidas, sujeto a ratificación por los más de 20 países que lo suscribieron, que persigue reglamentar el Principio 10 de la Declaración de Río 1992, sobre el triple acceso: a la información pública, a la participación y a la justicia ambiental; consagra el principio de transparencia, junto al principio de rendición de cuentas, que no sirven sino para dar fortaleza al principio de acceso a la información pública ambiental (el derecho al saber, según la legislación de los Estados Unidos en la materia).

VIII. La ética o moral ambiental

La consagración del abuso del derecho ambiental, como actividad antijurídica, conduce, asimismo, a poner de resalto el deber de "moralizar el derecho" a cargo de los jueces, acerca del uso y del abuso; a valorar, en todo lo que sea posible, la conducta moral de cada persona en la sociedad (Mosset Iturraspe). De este modo, la vida social quedará basada "no en la pretendida seguridad resultante de unas reglas mecánicas y abstractas, sino en la seguridad que nace de una conducta moral normal, procurada y amparada por el aparato coactivo del Estado" **(38)**. Jorge Mosset Iturraspe **(39)** coincide "con Barbero en que el ámbito de lo 'moral' comprende también la 'observancia del derecho'. Esta permeabilidad de los ámbitos moral y jurídico estaba ya consagrada en el Código de Vélez en números textos (arts. 21, 530, 564, 953, 1167, 1206, 1501, 1626, 2261, etc.) de donde la reforma de 1998 no hace sino subrayarla o enfatizarla con respecto a una cuestión básica como es el ejercicio de los derechos subjetivos".

(37) Acuerdo de Escazú, *https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu*.

(38) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Compendio de derecho civil", Ed. Civitas, Madrid, 1996, t. II, p. 25.

(39) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El abuso en el pensamiento de tres juristas trascendentes...", ob. cit.; "El ejercicio de los derechos: buena fe, abuso del derecho y abuso de posición dominante", ob. cit.; "El abuso del derecho y el medio ambiente", ob. cit.

La moral ambiental (ética ambiental) tiene una relevancia significativa en el derecho ambiental. La ética ambiental **(40)** es el alma o espíritu del sistema (microsistema), que le da vida, lo nutre. En este ámbito, los principios y los valores jurídicos ambientales cumplen un rol descollante. Los principios de política ambiental, contenidos en la ley 25.675 (arts. 4º y 5º), los nuevos principios de derecho ambiental (*in dubio pro naturaleza, in dubio pro aqua,* el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, el principio de responsabilidad extendida) **(41)**, en cuanto normas jurídicas *prima facie*, en estado germinal, mandatos de optimización, conceptos jurídicos indetermi-

(40) CAFFERATTA, Néstor A., "La ética ambiental", JA 2012-IV-4, Número Especial de Bioética, 28/11/2012. CAUMONT, Arturo, "Derecho ambiental y teoría del derecho de daños. La reafirmación del pensamiento sistemático para la certidumbre y la sustancia conceptual", RDAmb, nro. 31, Ed. AbeledoPerrot, p. 75; "Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño", LA LEY 2013-D, 925, p. 1; "El pensamiento sistemático en el Código Civil y Comercial", RDAmb, nro. 46, Ed. AbeledoPerrot, abril-junio 2016, p. 45; "La ética como marca ontológica de la contractualidad", RCyS, nro. 4, año XVI, abril 2014, p. 5.

(41) En la causa CS, 11/07/2019, "Majul, Julio J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental", RDAmb, nro. 60, p. 15, con comentario de ZONIS, Federico, "El fallo 'Majul': hacia una justicia ecológica", el tribunal dijo: "Que, en esta línea, corresponde recordar que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solo los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (CS, 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. 4º 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)". Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo referencia especialmente al principio *in dubio pro aqua,* consistente con el principio *in dubio pro natura,* que, en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN, Octavo Foro Mundial del Agua, *Brasilia Declaration of Judges on Water Justice*, Brasilia, 21/03/2018). En conclusión, el fallo del Superior Tribunal contraría la normativa de referencia; en especial el art. 32 de la ley 25.675 General del Ambiente —que establece que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie— y los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua.* La ley 27.279 (07/10/2016) de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la gestión de envases vacíos de fitosanitarios, en virtud de la toxicidad del producto que contuvieron, requiriendo una gestión diferenciada y condicionada, dispone: "Art. 5º: De conformidad con lo establecido por la ley 25.675 General del Ambiente y a los efectos de esta ley y de una producción agrícola sustentable, se establecen los siguientes principios rectores: *Responsabilidad extendida y compartida:* Entendida como el deber de cada uno de los registrantes de responsabilizarse objetivamente por la gestión integral y su financiamiento, respecto a los envases contenedores de los productos fitosanitarios puestos por ellos, en el mercado nacional y sus consecuentes envases vacíos. En el cumplimiento de dicho deber, se deberán tener en cuenta el ciclo de vida del envase y el respeto por la jerarquía de opciones. Dicha responsabilidad será compartida con los restantes eslabones de la cadena de gestión en la medida de las obligaciones específicas que les impone la presente ley". La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de la llamada Cumbre de la Tierra (Río 92), expresamente la incluye en el Principio 7: "Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen". Este principio se integra, además, con lo dispuesto en el Principio 9, en virtud del cual los Estados deberían cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible, y en el Principio 27, que consagra la fórmula de la solidaridad: "Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible". El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas se elaboró a partir de la aplicación de la equidad en el derecho internacional general. Las más visibles aplicaciones del principio se dan en el marco de la Convención sobre Cambio Climático (arts. 3.1, 3.2 y 4.7) y el Protocolo de Kioto (art. 10). El anexo del Protocolo, que cuantifica la reducción

nados, que constituyen el armazón (Lorenzetti) de la especialidad, de valor fundante, a la par que informador, y los valores, en cuanto fines del ordenamiento de derecho ambiental, orientan, son una guía de conducta que establecen un camino y las finalidades de la disciplina. Ellos responden a una dimensión deontológica y axiológica del derecho.

IX. Juicio de ponderación

Finalmente, una breve reflexión sobre la fórmula "contraría los fines del ordenamiento" (art. 10, Cód. Civ. y Com.): la "finalidad de la norma" (art. 1º, Cód. Civ. y Com.), "de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico" (art. 2º, Cód. Civ. y Com.), integra el juicio de ponderación o de razonabilidad (arts. 3º y 1973, Cód. Civ. y Com.) del juez. El abuso del derecho ambiental no merecerá amparo del derecho sin que los jueces, en el juicio de comparación entre los principios y valores en tensión, pesen la importancia de unos u otros para decidir "económicamente", sin mayores costos o sacrificios, el criterio de preferencia que mejor se adapte, en la resolución definitiva, a las circunstancias del caso.

En toda esta labor de integración e interpretación en el desarrollo y aplicación del diálogo de fuentes, que exige el juicio de ponderación, no se debe olvidar que lo que está en juego es velar no solo por el interés de las generaciones presentes, sino también por el interés de las generaciones futuras; como decía el entrañable Augusto M. Morello **(42)**, las generaciones actuales tenemos una suerte de hipoteca moral en beneficio de las generaciones futuras: la de dejar el mundo en las mismas o en mejores condiciones que las recibidas, como si fuera un legado o herencia futura.

Ricardo Lorenzetti y Pablo Lorenzetti **(43)** nos hablan de la ética ambiental y de los valores; el conflicto moral enseña que la tutela del ambiente requiere decisiones complejas en el plano de los valores. "El paradigma ambiental influye en este campo mediante el señalamiento de directivas éticas y morales". El paradigma ambiental es "valorista", es decir, establece una orientación a la razón técnica. Asimismo, destacan que actualmente pueden observarse fronteras en campos como la genética, la energía nuclear y el ambiente, en los que se diseñan fuertes límites basados en valores.

En esta lucha por la incolumidad ambiental, los principios y valores (la buena fe, el abuso del derecho, la moral, la solidaridad, la sustentabilidad) son los remedios frente a los desbordes de esta época, que llevan peligrosamente a la humanidad a su propia extinción.

Como lo señala Enrique Peretti **(44)**, el juez ambiental debe adoptar una decisión atemporalmente convincente.

Todo esto nos acerca a los deberes y obligaciones fundamentales que Germán J. Bidart Campos **(45)** precisara, y que en el derecho ambiental tienen base constitucional en el deber de preservar (art. 41, CN). Asimismo, asoma en el horizonte la visión basada en los pilares esenciales de solidaridad y sustentabilidad [Peretti y

---

de emisiones, se refiere solo a Estados desarrollados, o con economías en transición. La ley 27.520 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global, del 20/12/2019, enuncia en su art. 4º: "*Principios.* Las políticas públicas en materia de adaptación y mitigación al cambio climático, deben tener en cuenta los siguientes principios: Responsabilidades comunes pero diferenciadas: De acuerdo con este principio establecido en la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC), las decisiones en materia de prioridades, transferencia tecnológica y de fondos, deberán tener en cuenta el reconocimiento histórico de la responsabilidad desigual por los daños del calentamiento global".

(42) MORELLO, Augusto M., "Los derechos del hombre de tercera y cuarta generación", Ed. Librería Editora Platense, 1998, cap. LXI, p. 943; "Estudios de derecho procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", vol. 2. Véase del mismo autor: "Actualidad de las generaciones", Ed. Academia Nacional de Derecho, 2007 (junio), 01/01/2007, p. 1.

(43) LORENZETTI, Ricardo — LORENZETTI, Pablo, "Derecho ambiental", ob. cit., p. 57. LORENZETTI, Ricardo (ed.), "Teoría del derecho ambiental", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 20.

(44) PERETTI, Enrique, "La sentencia ambiental. Su eficacia", ob. cit., p. 321. "El juez ante la indemnización por daño ambiental. Criterios de valoración", ob. cit.

(45) BIDART CAMPOS, Germán J., "Las obligaciones en el derecho constitucional", Ed. Ediar, 1987.

Cafferatta **(46)**], con una "dupla central" dentro de esta problemática, bioética y derechos humanos.

IX.1. El papel del juez

El párr. 2º del art. 10 del Cód. Civ. y Com. introduce este texto: "El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo, o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

Así, delinea la figura del juez activo, de responsabilidad social (Morello), de protección de hogaño (Peyrano); un juez hércules (Dworkin) que "debe" ordenar lo imprescindible para "evitar" [deber de evitación o prevención **(47)**] , los efectos nocivos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere,

(46) CAFFERATTA, Néstor — PERETTI, Enrique, "Nuevos desafíos del derecho ambiental. La solidaridad y la sustentabilidad como pilares del derecho ambiental", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2019.

(47) LORENZETTI, Ricardo L., "La tutela civil inhibitoria", LA LEY 1995-C, 1217. Del mismo jurista, "La tutela civil inhibitoria como garantía fundamental", ps. 280 y ss.; "Las normas fundamentales de derecho privado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 1995. SEGUÍ, Adela, "Responsabilidad civil: la función preventiva", en RIVERA, Julio C. (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012,* Ed. AbeledoPerrot, cap. XXXIX, p. 864; SOZZO, Gonzalo, "La prevención del daño y la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista de Derecho de Daños, 2012-3*: "Proyecto de Código Civil u Comercial, 2012". ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "La tutela inhibitoria contra daños", RCyS 1999-1; de la misma autora: "Función preventiva de daños", LA LEY 2011-E, 116. NICOLAU, Noemí, "La tutela inhibitoria y el nuevo art. 43 de la CN", LA LEY 1996-A, 1245. ANDORNO, Luis O., "El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano", JA 1995-III. HIGHTON, Elena, "Reparación y prevención del daño al medio ambiente. ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?", en AA.VV., *Derecho de daños en homenaje a Félix Trigo Represas, Ed. La Rocca, 1993, t. 2, p. 795. VERGARA, Leandro,* "La prevención en el derecho de la responsabilidad civil", RCyS, 2003-252 y ss. LLAMAS POMBO, Eugenio, "Prevención y reparación: las dos caras del derecho de daños", en MORENO MARTÍNEZ, Juan (coord.), *La responsabilidad civil y la problemática actual, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 446. PERDÍA, Natalí,* "La responsabilidad preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial", RCyS, nro. 9, año XVII, septiembre 2015, p. 26. BERROS, María V., "Reparación, prevención, precaución: una nueva mirada a partir del nuevo Código Civil y Comercial", RDAmb, nro. 43, julio-septiembre 2015, p. 67. KIPER, Claudio, "La prevención del daño y el proyectado Código Civil", RCyS, solapa de la tapa, nro. 6, año XIV, junio 2012 —que se refiere al art. 2238 del Cód. Civ. y Com.—. PREVOT, Juan M., "La prevención del daño en la codificación del siglo XIX y en el Código Civil argentino", *Revista de Derecho de Daños, 2008-2, Ed. Rubinzal-Culzoni*, p. 177. MONJO, Sebastián — ARGAÑARAZ, M., "Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva", en MÁRQUEZ, José F. (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Ed. Zavalía, 2015, t. 1, p. 25. ROSATTI, Horacio, "La responsabilidad del Estado por la falta de prevención o precaución", *Revista de Derecho de Daños, 2008-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 99. CAFFERATTA, Néstor A.,* "La prevención en el derecho ambiental", *Revista de Derecho de Daños, 2008-2, p. 441. FALBO, Aníbal J.,* "La preeminencia de la protección preventiva del ambiente", RDAmb, nro. 9, Ed. LexisNexis, enero-marzo 2007, p. 216. "El carácter prioritario de la prevención ambiental. Medida cautelar en un caso de antena de telecomunicaciones", RDAmb, nro. 15, Ed. AbeledoPerrot, octubre-diciembre 2018, p. 218. MÜLLER, Enrique C., "Los principios preventivo y precautorio en el derecho ambiental", *Revista de Derecho de Daños,* 2008-3: "Daño ambiental", Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 111. STIGLITZ, Gabriel, "Prevención de daños ambientales (En la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires)", LLBA 1998-940. GALDÓS, Jorge, "El mandato preventivo una valiosa herramienta procesal de la responsabilidad civil", *Revista de Derecho de Daños*, 2016-2: "Prevención del daño", Ed. Rubinzal-Culzoni. LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), "Código Civil y Comercial comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, t. VIII, ps. 271 y ss., autores de notas al art. 1708: Jorge M. GALDÓS, Pablo LORENZETTI, Federico ZONIS; arts. 1709 a 1715: Jorge M. GALDÓS. SAUX, Edgardo — MÜLLER, Enrique, "Responsabilidad civil contractual y aquiliana", Ed. Universidad Nacional del Litoral, "La prevención del daño", p. 205. ALTERINI, Atilio A., "Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil", 3ª ed., Ed. AbeledoPerrot. SÁENZ, Luis R., "Las reglas de prelación normativa y las funciones del derecho de daños", en CALVO COSTA, Carlos — SÁENZ, Luis, *Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación. Obligaciones. Derecho de daños,* Ed. Hammurabi, 2015, p. 111. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil", LA LEY del 11/05/2015, p. 1. CAMPS, Carlos E., "La pretensión preventiva de daños", RCyS 2015-3. PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", Ed. AbeledoPerrot, 2004. MORELLO, Augusto M., "Anticipación de la tutela", Ed. Platense, 1996. CALVO COSTA, Carlos, "La prevención y el actual derecho de daños", RCyS, nro. 5, año XVI, mayo 2014, solapa de la tapa. FLAH, Lily, "Principios de prevención y precaución. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, septiembre 2011. Breve estudio de las conclusiones de la Comisión Nº 1 Derecho

"procurar la reposición al estado de hecho anterior", norma que se conjuga perfectamente con lo dispuesto en los arts. 1708, 1710, 1713, y 1973, entre otros, del Cód. Civ. y Com.: los principios de política ambiental, preventivo, precautorio, de responsabilidad, de la ley 25.675 General del Ambiente, en virtud de los cuales la "regla de oro" del derecho ambiental es la prevención (Alexander Kiss).

IX.2. Jurisprudencia evolutiva

Por último, cabe señalar la cuestión que introdujo en nuestra doctrina Federico de Lorenzo **(48)**, cuando observa que el art. 1071 del Cód. Civil establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, pero considera tal al que "contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos". "Es evidente que los fines que se tuvieron en mira, forman parte de un pretérito en antítesis, como cartabón valorativo, para con la interpretación evolutiva de toda norma que, necesariamente, debe adaptarse a las mutaciones producidas entre la estática previsión abstracta y general de la ley al momento de su sanción y el momento de su concreta aplicación".

Pero el artículo adolece, además, de otra contradicción.

Para concluir, expresa: "En efecto, el pretérito del art. 1071 se halla en antítesis no solo con la evolución de la interpretación jurisprudencial sino también del eventual progreso de la moral y las buenas costumbres, a las que dicha norma hace puntual remisión. A mi entender pues, el precepto debió hacer referencia (...) a los 'fines perseguidos por el ordenamiento jurídico' (...) en cualquier caso, sin someter la pauta valorativa a un anclaje histórico pues, es deber del jurista, precisamente, hacer útil el significado histórico de las reglas". El art. 10 del Cód. Civ. y Com. corrigió ese defecto de redacción del art. 1071 de la ley 17.711, texto reformado del Código Civil, considerando abuso del derecho al ejercicio de un derecho que contraríe los fines del ordenamiento jurídico, o el que exceda los límites impuestos por la moral, las buenas costumbres y la buena fe, dando paso a la jurisprudencia evolutiva.

X. Colofón

1. El abuso del derecho tiene una doble dimensión: abuso del derecho "individual" (art. 10, Cód. Civ. y Com.) y abuso del derecho "colectivo", dentro del cual se inscribe, como un subtipo especial, el abuso del derecho "ambiental" o eco-abuso.

2. El abuso del derecho ambiental es un límite interno de la conducta individual, que lleva a la reconfiguración del derecho subjetivo, para que no se afecte el ambiente, por comportamientos contrarios a la moral, las buenas costumbres o la buena fe, o se adopten actitudes que contraríen los fines del ordenamiento jurídico.

3. El abuso del derecho ambiental (art. 14, Cód. Civ. y Com.) juega en conjunto con la regla de compatibilización o de sociabilidad (art. 240, Cód. Civ. y Com.) y, en especial, de no afectación del funcionamiento y la sustentabilidad de los ecosistemas, de la naturaleza (biodiversidad), del agua, flora, fauna, del paisaje, bienes y valores colectivos naturales o culturales.

4. Para "dar vida" y efectiva aplicación a esta estructura, novísima institución del derecho privado (abuso del derecho ambiental), los jueces deberán implementar el "diálogo de fuentes", un intercambio normativo de fuentes del derecho, principios y valores jurídicos, mediante la construcción y el desarrollo de un meduloso, complejo o delicado juicio de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación, que implica

de Daños", RCyS, nro. 11, año XIII, noviembre 2011, p. 259. ESAIN, José, "De la prevención ambiental, los EIA y las medidas autosatisfactivas en el derecho ambiental provincial", LLBA 2003-148. "Derecho ambiental: el principio de prevención en la nueva Ley General del Ambiente 25.675", JA 2004-III-1296. "La función preventiva ambiental en la responsabilidad civil en el nuevo Código unificado", RCCyC 2016 (octubre), 19/10/2016, p. 181; RCYS 2017-II, 19. MÁRQUEZ, José I. — MÁRQUEZ, Jimena — LÓPEZ COQUET, Lucía, "La prevención del daño en la jurisprudencia", *Revista de Derecho de Daños, 2016-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 253*. PIZARRO, Ramón D., "Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales", JA 2017-III, fasc. 12, p. 39. PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., "Compendio de derecho de daños", Ed. Hammurabi, 2014; "Tratado de responsabilidad civil", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2018, t. III: "Parte especial y acciones de responsabilidad civil".

(48) DE LORENZO, Miguel F., "Abuso de derecho y pretérito indefinido", LA LEY 2009-C, 1339.

balancear derechos, intereses, bienes y valores en juego.

5. El papel del juez **(49)** es determinante, debiendo actuar con particular energía en la defensa del ambiente, en casos de eco-abuso o situaciones abusivas, cuando se amenaza, pone en riesgo o peligro, de manera cierta (prevención) o aun cuando hubiera peligro de daño grave o irreversible, frente a la ausencia de certeza científica o información (precaución), en la adopción de medidas de evitación del daño ambiental.

XI. Bibliografía especial sobre abuso del derecho

ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Culpa por omisión y abuso del derecho", LA LEY 16-198.

— "Reflexiones sobre la ley 17.711", LA LEY 130-1085.

ALGARRA PRATS, Esther, "La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y la persona", Ed. Mc. Graw-Hill — Interamericana de España, Madrid, 1995.

ALLENDE, Guillermo L., "Relatividad de los derechos y abuso del derecho", LA LEY 83-923.

ALTERINI, Atilio A. — LÓPEZ CABANA, Roberto M., "El abuso del derecho. Estudio de derecho comparado", LA LEY 1990-B, 1101.

BORDA, Guillermo A., "La reforma del Código Civil", ED 29-723.

— "Abuso del derecho", ED 29-723.

— "El abuso del derecho; la lesión y la imprevisión en el nuevo Código Civil paraguayo", LA LEY del 16/10/1986.

(49) MÜLLER, Enrique C., "El perfil del juez ambiental. Sus facultades. La cuestión ambiental y el nuevo rol de la judicatura", p. 157, en Revista de Derecho de Daños, "Daño Ambiental", 2011-1, Ed. Rubinzal-Culzoni. "Justicia ambiental a la luz del CCYC", p. 49, RDAmb, nro. 46, Ed. AbeledoPerrot, abril-junio 2016. SAUX, Edgardo — MULLER, Enrique, "El rol del juez en materia ambiental", publicado en la obra Tutela Jurídica del Medio Ambiente, Academia de Derecho de Córdoba.

BUERES, Alberto — MAYO, Jorge, "Los actos de emulación, el abuso del derecho y el exceso en la normal tolerancia entre vecinos", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2005-2: Relaciones de vecindad", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005.

CARRANZA, Jorge A., "El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino", Ed. AbeledoPerrot, 1970.

— "Abuso del derecho (arts. 1071, 2513, 2514 del Cód. Civil según la ley 17.711", JA, Serie Moderna, 3-673.

CASTIGLIONE, José F. L., "El abuso del derecho", JA, Sección Doctrina, 15-45.

CONDORELLI, Epifanio J. L., "El abuso del derecho", Ed. Platense, La Plata, 1971.

CUETO RÚA, JULIO, "Abuse of rights", LA LEY 1974-35, 965.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "El abuso del derecho y el Proyecto de Reformas del Código Civil", LA LEY 60-12, Sección Doctrina.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Abuso del derecho", en *Tratado de derecho civil,* Universidad de Lima, 1990, t. I, p. 83.

— "Abuso del derecho", Ed. Astrea, 1992.

— "Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral", RCyS, nro. 5, año XXI, mayo 2014, p. 5.

— "El proyecto de vida en la doctrina y en la jurisprudencia contemporánea", RCyS, año XXI, octubre de 2010, p. 1.

FLEITAS, Abel M., "El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino", Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1944.

GATTI, Edmundo, "El abuso del derecho (síntesis)", *Lecciones y Ensayos,* nro. 18, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Buenos Aires, 1960, p. 35.

JOSSERAND, Louis, "Del abuso de los derechos y otros ensayos", Ed. Temis, 2016.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", en STIGLITZ, Rubén (dir.), LA LEY, *Suplemento Especial: Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos*, 2015, ps. 191 y 237.

LAQUIS, Manuel A, "El abuso del derecho y las nuevas disposiciones del Código Civil", en *Examen y crítica de la reforma. Parte general*, Ed. Platense, La Plata, 1971, t. 1, p. 385, y ED 24-931.

— "Abuso del derecho y conflicto de derechos", trabajo presentado en el curso de doctorado a cargo del Dr. Guillermo Allende.

LASCANO, Carlos A., "La teoría del abuso del derecho y las prerrogativas individuales", LA LEY 80-939.

LEÓN, Pedro, voz "abuso del derecho", en *Diccionario Jurídico Omeba*.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "El abuso del derecho", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *http://www.acader,unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf*.

— "La reparación de los daños continuados o permanentes", en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina,* Ed. AbeledoPerrot, 1990, t. I, p. 101.

— "Curso de derecho civil. Obligaciones 1", actualizado por Fernando MÁRQUEZ, Ed. Zavalía, 2018.

MORELLO, Augusto M., "El abuso del derecho. Nuevas dimensiones y perspectivas. Homenaje al profesor doctor Alberto J. Bueres", Ed. Hammurabi, 2001, p. 51.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El abuso en el pensamiento de tres juristas trascendentes: Risolía, Spota y Llambías. Una situación concreta: el abuso y el derecho ambiental", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1997-16: "Abuso del derecho".

— "El abuso del derecho en las relaciones de vecindad. Los límites en el ejercicio. Los excesos. Las normas administrativas", *Revista de Derecho de Daños*, 2005-2: "Relaciones de vecindad", Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 39.

— "El ejercicio de los derechos: buena fe, abuso del derecho y abuso de posición dominante", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2102-2: "Proyecto de Código Civil y Comercial - I".

— "Prevención versus reparación. Daño a la persona. Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación", *Revista de Derecho de Daños*, 2008-2, Ed. Rubinzal-Culzoni.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, "Abuso de derecho", Legales Ediciones, Colección Jurídica de Derecho Privado Contemporáneo, 2014.

ORGAZ, Alfredo, "El abuso del derecho", LA LEY 143-1206.

PERAL, Santiago, "Reflexiones sobre el abuso del derecho en el Código Civil y Comercial", RCCyC 2016 (agosto), p. 139.

PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., "Ejercicio abusivo de los derechos subjetivos", JA 1992-IV-799.

PRIETO, Martín A., "Seguro ambiental. Evolución, presente y perspectivas", LA LEY del 12/08/2016, p. 1.

PRIETO MOLINERO, Ramiro, "Abuso del derecho", Ed. La Ley, 2010.

PRIETO SANCHIS, Luis, "Apuntes de teoría del derecho", Ed. Trotta, 2014.

— "El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica", Ed. Trotta, 2013.

— "Justicia constitucional y derechos fundamentales", Ed. Trotta, 2009.

REZZÓNICO, Juan C., "El pacto comisorio, la buena fe, el abuso del derecho y siempre la regla moral", ED 14-140.

ROCCA, Ival, "Abuso del derecho", LA LEY 104-979.

ROCCO, Alfredo, "La sentencia civil", Ed. El Foro, 2003.

RODOVAHO, Thiago, "Abuso de derecho y derechos subjetivos", Ed. Olejnik — ARA Editores, 2015.

SALAS, Acdeel E., "Las relaciones de vecindad y el abuso del derecho", JA 71-678.

SALVAT, Raymundo M., "Teoría del abuso del derecho", LA LEY, Sección Doctrina, 6-51.

SPOTA, Alberto G., "La teoría de la imprevisión contractual y el abuso de los derechos", JA 1953-IV-30.

— "Restricción al dominio y abuso del derecho", ED 15-864.

— "Tratado de derecho civil. Parte general", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, vol. 2, t. I.

VIGO, Rodolfo, "Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1998-16: "Abuso del derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni.

WARAT, Luis A., "Acerca del abuso del derecho, la definición normativa, la seguridad y la equidad", ED 36-851.

WEINBERG, Inés M., "El daño objetivo en el abuso del derecho", ED 61-473.

Luchar por el clima: las lecciones globales de la litigación climática para el espacio local

Gonzalo Sozzo (*)

Sumario: I. *"Can climate litigation save the world?".*— II. El Acuerdo de París y la litigación climática contemporánea.— III. La litigación climática en los procesos de globalización del campo legal.— IV. El estado del arte sobre litigación climática.— V. Los tópicos centrales de la litigación climática.— VI. Lecciones de la litigación climática para Argentina.— VII. Sobre globalizaciones y estrategias.

I. "*Can climate litigation save the world?*" (1)

La pregunta está formulada de manera provocadora, pero invoca una cuestión tradicional en el derecho moderno: ¿qué decisiones y en qué medida deben ser tomadas por el legislador?, y ¿cuándo puede colocarse en las manos de los jueces?

Se refiere a la existencia de un proceso de judicialización de la política de cambio climático a nivel planetario, que es un efecto secundario del Acuerdo de París, que, al colocar el acento en la esfera nacional para la lucha contra el cambio climático, y luego inaugurar un mecanismo global de concertación y seguimiento, favoreció este desarrollo.

Sea como fuere, parece inevitable que, frente a la nacionalización de la lucha contra el cambio climático, exista un fenómeno de litigación para exigir a los Estados nacionales su cumplimiento.

Podría reformularse: ¿podrán los jueces contribuir en la co-construcción de la política de cambio climático?

La respuesta no puede ser general. Depende de la coyuntura de cada Estado de derecho; por ejemplo, cómo "declina" en cada país la teoría de la división de poderes o cómo conciben el *standing* para litigar por las generaciones futuras, o si existe un recurso por inconstitucionalidad frente a la omisión regulatoria del Estado, o si existe o no una tendencia a judicializar la política y las políticas públicas, entre otras.

Sin embargo, sus posibilidades de éxito se relacionan con la existencia de "Cortes verdes" **(2)**, es decir, un cierto activismo ambiental judicial preexistente, que podría constituir un terreno fértil para este tipo de litigación.

Este estudio se focaliza en el análisis de la "ola" de litigios climáticos desarrollados luego de la aprobación del Acuerdo de París contra los Estados nacionales, y allí intenta hacer foco en los litigios que giran alrededor de las "contribuciones determinadas a nivel nacional" del Acuerdo de París **(3)**, desde la perspectiva de la

(*) Especialista en Derecho de Daños. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor en las universidades UNL, UCA y UBA.

(1) *The Guardian, https://www.theguardian.com/environment/2018/mar/20/can-climate-litigation-save-the-world.*

(2) CAFFERATTA, Néstor, "El tiempo de las Cortes verdes", LA LEY del 21/03/2007, p. 8.

(3) Que es un subgrupo de acciones climáticas, como señala Christel Cournil; según la autora, el primer caso de este grupo fue "Thomson vs. Minister for Climate Change Issues", en Nueva Zelanda. El caso fue analizado por la Corte Suprema de Nueva Zelanda y rechazado en noviembre de 2017. COURNIL, Christel, "Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée

litigación ambiental en Argentina y, más en general, en los países de América del Sur **(4)**.

El artículo defiende una perspectiva crítica respecto de la litigación climática; para ello: [1] se analizan las condiciones de posibilidad y el contexto social y político que generan la emergencia de la litigación climática contra los Estados nacionales; [2] se analiza el vínculo con el Acuerdo de París y el movimiento de litigación climática post Acuerdo de París como un proceso de localización propio del derecho global; [3] se analiza la litigación climática como parte del proceso de globalización del campo legal; [4] se describe el panorama global de la litigación climática y centralmente se concentra en establecer: [5] cuáles son los rasgos centrales de esta litigación climática; [6] cuáles son los impactos potenciales o las lecciones que pueden extraerse para el Estado Nacional y los Estados subnacionales y, en todo caso, ¿cuál es el impacto que puede tener sobre el federalismo argentino?; finalmente, se analizan [7] las estrategias alternativas en las cuales podría inscribirse la litigación climática estatal desde la perspectiva de América del Sur. Las lecciones se refieren no solo a la organización de la justicia, sino también a los aspectos regulatorios.

Mi tesis central es que la litigación climática es parte de la globalización del campo legal que se expresa en un proceso de globalización y luego de localización de globalismos conexos, y que si bien puede conducir a dotar de mayor *enforcement* a las contribuciones nacionales asumidas en la COP21 por los Estados y las empresas, terminaría contribuyendo a diluir el principio de las "obligaciones comunes pero diferenciadas" **(5)**, que es sin dudas el principal principio del Acuerdo de París, derivado de las asimetrías preexistentes entre los Estados para acoger las demandas climáticas y, en definitiva, conduciría a desandar los caminos de la "justicia ambiental" en el nivel global e intergeneracional.

II. El Acuerdo de París y la litigación climática contemporánea

Es muy relevante explicar y comprender, en primer lugar: a) que la base actual de la litigación climática ha tenido como condición de posibilidad el Acuerdo de París, que, básicamente, a través de la idea de "contribuciones nacionales determinadas" y el mecanismo conexo a ellas de monitoreo, ha "localizado" en los espacios nacionales el núcleo de la lucha contra el cambio climático, invirtiendo la situación respecto de la estrategia jurídica del Protocolo de Kioto, que era claramente global. En segundo lugar, b) es necesario considerar que el Acuerdo de París constituyó un verdadero "momento constitucional" acompañado de una serie de factores y movimientos que se prolongaron luego e incluso enriquecieron.

II.1. El Acuerdo de París: un acuerdo singular

II.1.a. El contexto: las negociaciones climáticas y la COP21 como "momento constitucional"

Para comprender el momento del Acuerdo de París hay que recordar en primer lugar que el Protocolo de Kioto tenía una "fecha de vencimiento", pese a que quedó prorrogada su vigencia de hecho y, en segundo lugar, que desde hacía tiempo era imperioso arribar a un nuevo acuerdo, pues las negociaciones climáticas venían de fracaso en fracaso. En este punto es muy

du contentieux national", *Revue Juridique de l'Environnement*, Ed. Société Française pour le Droit de l'Environnement (SFDE), 2017, número especial, hal-02266603, ps. 231-247.

(4) Suele hacerse una distinción entre la "litigación climática": a) de particulares u ONG contra un Estado; o de b) particulares, una ONG, una ciudad o un Estado subnacional contra una empresa. El primer caso es un litigio de derecho público nacional, y el segundo sería un litigio de derecho privado nacional. En el caso de Argentina, la ley 26.944 regula la responsabilidad del Estado en la órbita del derecho administrativo, pero no se refiere a la prevención del daño que se regula en el Código Civil y Comercial (arts. 1709 y ss.), de modo que las acciones climáticas contra el Estado Nacional no se rigen por el derecho administrativo, sino por el derecho privado; son, en este sentido, acciones de derecho privado nacional. Este artículo no aborda la posibilidad de que la litigación climática se traslade a un litigio de un Estado o grupo de Estados contra otros, bajo las reglas del derecho internacional consuetudinario, que es el mismo plano en el que se mueve el mecanismo de "pérdidas y daños" del Acuerdo de París.

(5) Acuerdo de París, art. 2.2: "El presente Acuerdo se aplicará de modo que refleje la equidad y el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales".

recordado el fracaso de la COP15 de Copenhague de 2009 **(6)**.

Para redactar el documento derivado de la COP17 de Durban se creó un Grupo de Trabajo Especial que debía finalizar su labor antes de la COP21 para que fuera aprobado allí. Fue precisamente este hecho el que finalmente generó las expectativas acerca de la COP21 de París.

Se pasó entonces de un período de "climato-depresión" a un momento de "climato-euforia", que fue aumentando en los meses anteriores al Acuerdo de París.

Finalmente, en la COP21, el Acuerdo fue firmado, pese a los condicionamientos diplomáticos existentes, pero para poder hacerlo hubo que crear un texto que funciona como un tercer texto que se relaciona e integra con la CMNUCC y el Protocolo de Kioto de 1997, sin ser un verdadero Protocolo ni una Convención Marco, como explica José Juste Ruiz **(7)**. No solo la forma del texto es novedosa; también, producto de los mismos condicionamientos, el contenido lo es: "contribuciones determinadas a nivel nacional", compromiso de alcanzar la meta de mantener la temperatura global por debajo de 2º grados respecto de la era preindustrial y continuar hasta reducirla a menos de 1,5º grados respecto de la temperatura de la era preindustrial, pero sin establecer un plazo para ello.

En este contexto favorable, el Acuerdo de París obtuvo muy rápidamente las ratificaciones necesarias para entrar en vigencia **(8)**.

II.1.b. El Acuerdo de París en la "trayectoria" del derecho internacional ambiental

En el derecho internacional y en el derecho internacional ambiental (DIA) en general se suele hacer referencia a que existe una fuente formal privilegiada, que son las Convenciones Internacionales, que básicamente se dividen en dos "generaciones", de las cuales la segunda —que habría comenzado en la década del 90 del siglo XX— es la de las "Convenciones Marco", que recurren a los "Protocolos" como un mecanismo para "completar", complementar y desarrollar la regulación "básica" que establecen las Convenciones Cuadro y que constituyen una estrategia frente a las dificultades que ya en los años 90 del siglo XX asomaban en el multilateralismo para llegar a acuerdos sobre compromisos detallados. Asimismo, todos recuerdan que el *soft law* tiene un rol que ha ido *in crescendo* y que es vital en el campo del derecho internacional ambiental, remarcando que incluso permite lograr más resultados y mayor efectividad que el propio *hard law* **(9)**.

El régimen internacional del clima, que se inauguró con la Convención de Cambio Climático en 1992 (CMNUCC), pertenece a esta generación de tratados internacionales, pues se trata de una Convención Marco que debía ser "desarrollada" progresivamente mediante la labor de la Conferencia de las Partes (COP) y el dictado de Protocolos. Hasta el momento, el único Protocolo aprobado fue el Protocolo de Kioto en 1997, y que entrara en vigencia en 2004 **(10)**.

Pero, volviendo a la relación entre *soft law* y *hard law*, creo que —en la línea de lo que ya ha señalado la doctrina— presentar a estos dos polos como opuestos es una simplificación. En

(6) GODINEZ ROSALES, Rodolfo, "La ruta de Kioto a París: el proceso de negociación del nuevo Acuerdo", en BORRÁS PERTINAT, Susana — VILLAVICENCIO CALZADILLA, Paola (eds.), *El Acuerdo de París sobre el cambio climático: ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida?,* Ed. Aranzadi, España, 2018, ps. 60-61.

(7) JUSTE RUIZ, José, "El tercer pilar del régimen internacional para responder al cambio climático: el Acuerdo de París de 2015", en AA.VV., *El Acuerdo de París sobre el cambio climático: ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida* ob. cit., ps. 29 y ss.

(8) Entró en vigor el 04/11/2016.

(9) JUSTE RUIZ, José, "El tercer pilar...", ob. cit., ps. 29 y ss.

(10) El Protocolo de Kioto adoptó una estrategia de lucha contra el cambio climático basada en la idea de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, partiendo de la base de que los países desarrollados (llamados países del anexo I) eran los que más habían contribuido históricamente y lo seguían haciendo al calentamiento global, y que por tanto eran los únicos obligados a reducir las emisiones. Los países llamados "no del anexo I" o en vías de desarrollo no tenían las obligaciones de reducción cuantitativamente determinadas que tenían los del primer grupo mencionado.

realidad, existe un *continuum* entre *soft law* y *hard law* con diferentes grados **(11)**.

El Protocolo de Kioto tenía una fecha límite de vigencia, que originalmente era 2012. A partir de esa fecha, y no habiendo podido llegar antes a un nuevo Acuerdo que lo sustituyera, quedó prorrogado *de facto* y las negociaciones continuaron en el seno de las COP de la CMNUCC para arribar a un nuevo Acuerdo que lo sustituyera y también en algunos escenarios externos al régimen climático.

En este contexto, durante el período de negociaciones climáticas post Kioto, en la COP de Durban de 2011, los Estados asumieron el compromiso de elaboración de un "Protocolo, otro instrumento jurídico o un resultado acordado" **(12)**, lo cual abrió un "ciclo de negociaciones" centradas en el nuevo documento con el objetivo de que fuera aprobado durante la COP21 en 2015 y para que entrara en vigencia en 2020 **(13)**.

Las posibilidades que se dejaban abiertas eran varias respecto de cuál podría ser la "forma jurídica" del futuro Acuerdo **(14)**, lo que abrió un período de especulaciones acerca de este punto, y no todas significaban un texto con el mismo valor jurídico obligatorio.

II.1.c. La naturaleza jurídica del Acuerdo de París

Condicionado por las discusiones y negociaciones anteriores, se emplea el término "Acuerdo", que parecería limitarlo a un mero pacto político.

El Acuerdo de París procura ser calificado formalmente como un nuevo Protocolo de la Convención de 1992 o que pueda ser calificado como tal **(15)**. Pese a ello, contiene reglas que son propias de un Protocolo Adicional.

De todas maneras, como se ha señalado, no es una Convención completamente separada de la Convención Marco, sino que muestra vínculos muy estrechos con ella **(16)**.

A pesar de ello y del hecho de que no se lo denomina "Convención" o "Convenio", es un tratado internacional, por lo que en general es jurídicamente vinculante, "lo que no quiere decir que todas sus disposiciones incorporen prescripciones jurídicamente vinculantes" **(17)**.

Es un acuerdo jurídico que se caracteriza por su flexibilidad **(18)**, progresividad y mayor grado de globalidad **(19)**. Sus obligaciones sustantivas no son las típicas de un tratado, pues no tienen un contenido preciso y concreto; en cambio, sí se establecen obligaciones procedimentales robustas.

Además de ello, encierra un mecanismo de construcción progresiva de su contenido mucho más intenso que el que prevé la generación de las Convenciones Marco, que emplean para ello las COP y los Protocolos. Para ello, utiliza como esfera institucional las COP, y allí un mecanismo que parte de la idea de contribuciones decididas en las esferas nacionales; luego, existen procedimientos periódicos de revisión —nacio-

(11) MALJEAN-DUBOIS, Sandrine — SPENCER, Thomas - WEMAERE, Matthieu, "La forme juridique du futur Accord de Paris sur le Climat: enjeux et principales options", *Cahiers, Droit, Sciences et Technologies*, Ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, halshs-01311785.

(12) Decisión 1/CP.17.

(13) LASSUS ST-GENIÈS, Géraud de, "L'Accord de Paris sur le Climat: quelques éléments de décryptage", *Revue Québécoise de Droit International, vol. 28-2, 2015*, ps. 27-51, *https://www.persee.fr/doc.rqdi_0828-9999_2015_num_28_2_2183*.

(14) MALJEAN-DUBOIS, Sandrine — SPENCER, Thomas — WEMAERE, Matthieu, "La forme juridique du futur Accord...", ob. cit.

(15) "El Acuerdo de París no encaja totalmente ni como un segundo Protocolo de la Convención Marco de 1992, ni como una nueva Convención (Marco) separada de la inicial", JUSTE RUIZ, José, "El tercer pilar...", ob. cit., p. 31.

(16) JUSTE RUIZ, José, "El tercer pilar...", ob. cit., p. 31.

(17) FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M., "Los nuevos objetivos y compromisos del Acuerdo de París", en BORRÁS PERTINAT, Susana — VILLAVICENCIO CALZADILLA, Paola (eds.), *El Acuerdo de París*..., ob. cit., p. 107.

(18) La flexibilidad tiene dos justificaciones: la primera consiste en las mismas dificultades del multilateralismo para acordar pactos de contenido rígido; la segunda es poder adaptarse a los cambios en el campo científico en esta materia.

(19) En el sentido de que se generalizan las obligaciones relativas a mitigación y adaptación a "todas las partes", JUSTE RUIZ, José, "El tercer pilar...", ob. cit., ps. 36-38.

nales o globales, llamados "balance mundial"—, y debe siempre haber un progreso en los "niveles de ambición" de las partes y, por tanto, en las contribuciones, y no se puede retroceder.

Este "tercer pilar" del régimen climático internacional **(20)** marca —a mi modo de ver— un proceso de transición y de mutación del régimen climático internacional que parece estar transitando desde el derecho internacional al derecho global, en el cual se redefine absolutamente el rol que juegan la "comunidad internacional", los Estados nacionales y aun las organizaciones sociales y las ciudades.

Por ello, plantearse si *in totum* el Acuerdo de París es *hard law* o *soft law* sería una simplificación y, en definitiva, una pregunta mal enfocada. La respuesta requiere un análisis más profundo y detallado, y en cierta medida exige abandonar esta distinción que acabo de mencionar, entendiéndola como una "dicotomía" que no admite, como toda dicotomía, una zona o espacio del medio, o que supone que no existe interconexión entre *hard* y *soft law*. El Acuerdo en sí no es un Protocolo, pero tiene elementos del contenido de un Protocolo; "si no es un Protocolo" sería "otro instrumento jurídico conexo" **(21)**. De un lado, el Acuerdo en sí es *hard law*, pero sus normas tienen contenidos flexibles; y, del otro, se completa con la Decisión 1 de la COP21 **(22)**, que no tiene el mismo estatuto jurídico que un tratado **(23)**, y que en ocasiones establece reglas de interpretación, de desarrollo o de implementación del Acuerdo.

El Acuerdo de París es sencillamente inclasificable en los esquemas anteriores **(24)**; es una Convención singular que podría estar marcando —el tiempo lo dirá— el comienzo de una nueva generación de convenciones internacionales ambientales **(25)** y una vía de escape a las dificultades del multilateralismo.

II.1.d. El Acuerdo de París bajo el paradigma procedimental

Es un instrumento que cabe perfectamente en el paradigma jurídico procedimental **(26)** que tiende a sustituir al paradigma material en el campo legal y que lo acerca al *global law*.

La presencia de este paradigma procedimental es clara, no solo por la existencia de una serie de obligaciones procedimentales, sino por la ausencia de obligaciones sustanciales con contenido fijo y de un plazo final determinado para lograr la meta: mantener el aumento de la temperatura por debajo de los dos grados e inclusive de 1,5 grados respecto de la era preindustrial, todo lo cual lo hace un documento relacional

(20) Como lo llama gráficamente José Juste Ruiz, dándole al régimen internacional del clima una "estructura tridimensional", JUSTE RUIZ, José, "El tercer pilar...", ob. cit., p. 30; es muy adecuada esta terminología, pues explica que los otros dos grandes instrumentos internacionales, la CMNUCC y el Protocolo de Kioto —que serían los otros dos pilares— siguen vigentes. Aunque no lo harán por mucho tiempo, pues todo parece indicar que el Protocolo de Kioto no sobrevivirá por un tercer período post 2020. KERBRAT, Yann — MALJEAN-DUBOIS, Sandrine — WEMÄERE, Matthieu, "Conférence Internationale de Paris sur le Climat en décembre 2015: comment construire un accord évolutif dans le temps?", *Journal du Droit International (Clunet),* Ed. LexisNexis, 2015, hal-01400399. Además de ello, cabe remarcar que por diversas razones ambos textos, el Acuerdo de París y el CMNUCC, están "estrechamente vinculados": solo las partes de la Convención fueron invitadas a ratificarlo; la COP de la CMNUCC se utiliza como reunión de las partes del Acuerdo de París; entre otros, LASSUS ST-GENIÈS, Géraud de, "L'Accord de Paris sur le Climat...", ob. cit., p. 32.

(21) MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, "L'Accord de Paris sur le Climat, un renouvellement des formes d'engagement de l'État? , en *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques?*, 2018, ffhalshs-02109672.

(22) MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, "L'Accord de Paris...", ob. cit.

(23) El valor jurídico de las decisiones de la COP de la CMNUCC es el de una norma de "ejecución" o de aplicación del Tratado.

(24) "El Acuerdo de París no encaja ni como un segundo Protocolo de la CMNUCC, ni como una nueva Convención (Marco) separada de la inicial", JUSTE RUIZ, José, "El tercer pilar...", ob. cit., p. 31.

(25) "...Se encuentra aquí pues un proceso de escalonamiento en el tiempo de la creación de las normas por la vía de una remisión de las cláusulas convencionales al derecho derivado. En este sentido, se puede considerar que el Acuerdo de París es una suerte de nuevo Convenio Marco, que establece los fundamentos del régimen climático posterior a 2020 sin precisar todos los detalles", LASSUS ST-GENIÈS, Géraud de, "L'Accord de Paris sur le Climat...", ob. cit., p. 34.

(26) TEUBNER, Gunther, "Il diritto come sistema autopoietico", Ed. Giuffrè, Milano, 1996; HABERMAS, Jürgen, "Facticidad y validez", Ed. Trotta, 1998.

que exige de un mecanismo de renegociación permanente de alta intensidad.

Además de lo señalado, las evidencias de un mecanismo procedimental de autoconstrucción e implementación son claras:

a) Hay un procedimiento para comunicar las contribuciones nacionales que funciona periódicamente, cada 5 años, con la siguiente frecuencia: 2015, 2020, 2025, etc.; aquellas se someten a un "marco de transparencia reforzado", que tiene como objetivo "facilitar el seguimiento de los progresos realizados en relación con las contribuciones determinadas a nivel nacional" (art. 13.5), lo que se logra a través de un "examen técnico por expertos" (art. 13.11).

b) Hay un procedimiento de revisión individual del contenido de las contribuciones por parte de los mismos Estados, acerca de las contribuciones nacionales, que puede hacerse en "cualquier momento".c) Hay un procedimiento para una evaluación colectiva global, llamado "balance mundial", realizado por la Conferencia de las Partes (art. 14.1), que tendrá lugar por primera vez en 2023 (art. 14.2) y que se hará —salvo que se decida otra cosa— cada cinco años, es decir, en 2023, 2028, 2033, etc. **(27)**. Este balance mundial "aportará información" para que las partes "actualicen y mejoren, del modo que determinen a nivel nacional, sus medidas y su apoyo..." (art. 14.3).

Todo ello está enmarcado por el principio de progresividad en los "niveles de ambición" (arts. 3º y 4.3) y de obligaciones comunes pero diferenciadas, que, aunque sobre una base global —que alcanza a todos los Estados, de conformidad con el art. 2.2—, genera diferentes acciones y "velocidades", como lo sugiere el art. 2.2, *in fine*.

Es decir, es un sistema jurídico en el cual los objetos y contenidos materiales se procedimentalizan, de modo que las normas fijan metas, objetivos y procedimientos que les permiten producir los contenidos; el derecho se reproduce, asimismo, recreando continuamente sus contenidos de manera adaptativa, luego evaluándolos mediante procedimientos preestablecidos, para nuevamente fijar contenidos que serán evaluados más adelante, *e così via*. En definitiva, mediante el trabajo de las Conferencias de las partes y del Grupo de Trabajo Especial sobre el Acuerdo, este se "mira a sí mismo" y se reproducen —ajustándolos— sus contenidos materiales.

II.2. El efecto de localización del Acuerdo de París

No obstante, lo que interesa destacar aquí es lo que podría llamarse el efecto de localización de la lucha contra el cambio climático, que significó un cambio de estrategia respecto de la que institucionalizó el Protocolo de Kioto.

El efecto de localización es el resultado de la combinación: a) del enfoque *bottom up* u horizontal que propone el Acuerdo de París, que sustituyó al enfoque vertical del Protocolo de Kioto y que se concreta centralmente en las contribuciones nacionales; y b) de la globalidad que plantea el Acuerdo de París, al generalizar las obligaciones a todas las partes, combinada con una versión más flexible del principio de las obligaciones comunes pero diferenciadas.

Para ello hay que analizar previamente cómo surgieron las contribuciones determinadas nacionalmente y su naturaleza jurídica, y luego explicar la idea de generalización de las obligaciones y flexibilización de la división entre países desarrollados y en vías de desarrollo.

II.2.a. La idea de las "contribuciones determinadas a nivel nacional"

Fue en la COP19 de Varsovia, en 2013 **(28)**, en el período post Kioto, que se decidió abandonar la idea de "compromisos" nacionales en materia de mitigación y sustituir esa denominación por otra menos vinculante de "contribución prevista y determinada a nivel nacional". En efecto, en 2013 se "invitó a las partes de la Convención de Cambio Climático a elaborar 'contribuciones determinadas a nivel nacional' (*INDCs: intended nationaly determinated contributions*)", sin

(27) Con lo cual existirá un entrelazamiento entre los "ciclos de contribuciones" y los "ciclos de balances colectivos" de la eficacia de las contribuciones, lo que permitirá sugerir cambios o mayor nivel de ambición.

(28) Decisión 1/CP.19.

perjuicio de la naturaleza jurídica que vayan a tener **(29)**.

Antes de la COP21/2015 más de 60 países habían comunicado sus contribuciones. En ese momento, cuando lo hicieron, no se sabía a ciencia cierta cuál era la naturaleza jurídica de esas contribuciones **(30)**.

La idea central de las "contribuciones" es que su contenido no se determina globalmente, *top down*, sino *bottom up*, es decir, a partir de la decisión de cada país. De esta manera, cada país decide libremente cuáles serán sus acciones para reducir las emisiones **(31)**, y luego en la COP20 en Lima se decidió establecer las precisiones que los Estados deben proporcionar al definir las contribuciones.

Luego, el Acuerdo de París adopta la idea en su art. 3º.

Posteriormente a la COP21, los Estados revisaron sus contribuciones y las volvieron a presentar.

II.2.b. ¿Cuál es el contenido de esas contribuciones nacionales?

El Acuerdo no precisa el tenor ni el contenido de esas contribuciones y, por tanto, de las obligaciones. Solo se sabe que deben estar orientadas a lograr el objeto general de rebajar la temperatura. Como sostiene José Juste Ruiz, "nada parece impedir (...) que las partes del anexo I de la CMNUCC que realicen esfuerzos de reducción de sus emisiones en el marco del Protocolo de Kioto puedan presentarlas como contribuciones determinadas a nivel nacional en el marco del Acuerdo de París" **(32)**.

En la COP20 se decidió adoptar el "Llamado de Lima para la Acción Climática" **(33)**, que avanza en precisar el contenido de las contribuciones nacionales. Así —se dice—, "conviene" que la contribución:

a) "deberá representar un avance con respecto a los compromisos actuales de esa parte";

b) "que los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo podrán comunicar información sobre estrategias, planes y medidas de desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero que reflejen sus circunstancias especiales en el contexto de las contribuciones previstas determinadas a nivel nacional";

c) "podrá incluir, entre otras cosas, según corresponda, información cuantificable sobre el punto de referencia (con indicación de un año de base, cuando proceda), los plazos y/o períodos de aplicación, el ámbito y la cobertura, los procesos de planificación, los supuestos y los enfoques metodológicos, incluidos los destinados a estimar y contabilizar las emisiones y, cuando sea el caso, las absorciones antropógenas de gases de efecto invernadero, y una indicación de los motivos por los que consideren que su contribución prevista determinada a nivel nacional es justa y ambiciosa, a la luz de sus respectivas circunstancias nacionales, y de la manera en que contribuye a la consecución del objetivo de la Convención, enunciado en su art. 2º".

Asimismo, "se invita" a que los Estados "consideren la posibilidad de comunicar sus iniciativas en materia de planificación de la adaptación, o la posibilidad de incluir un componente de adaptación en sus contribuciones previstas determinadas a nivel nacional", y a

(29) Decisión 1/CP.19, parág. 2.b): "Invitar a todas las partes a iniciar o intensificar los preparativos internos en relación con las contribuciones determinadas a nivel nacional, sin perjuicio de su naturaleza jurídica, que tengan previsto realizar en el contexto de la aprobación de un Protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión acordada con fuerza legal en el marco de la Convención que sea aplicable a todas las partes para alcanzar el objetivo de la Convención enunciado en su art. 2º, y a comunicar esas contribuciones con suficiente antelación al 21º período de sesiones de la Conferencia de las partes (dentro del primer trimestre de 2015, en el caso de las partes que estén preparadas para hacerlo) de un modo que promueva la claridad, la transparencia y la comprensión de dichas contribuciones, sin prejuicio de su naturaleza jurídica".

(30) KERBRAT, Yann — MALJEAN-DUBOIS, Sandrine — WEMÄERE, Matthieu, "Conférence Internationale de Paris...", ob. cit.

(31) GODINEZ ROSALES, Rodolfo, "La ruta de Kioto...", ob. cit., ps. 63-64.

(32) JUSTE RUIZ, José, "El tercer pilar...", ob. cit., p. 43.

(33) Decisión 1/COP.20.

que "comuniquen sus contribuciones previstas determinadas a nivel nacional (...) de un modo que facilite la claridad, la transparencia y la comprensión de esas contribuciones".

A diferencia de la técnica del Protocolo de Kioto, que fijaba obligaciones cuantitativas de reducción de emisiones por país, el Acuerdo de París otorga muchísimo más margen de maniobra a los Estados, pues: a) deja librada a los Estados la determinación de qué contribuciones para reducir el nivel de la temperatura global pueden y quieren hacer, las que b) no se limitan a la disminución de emisiones sino a mitigación y adaptación en general, lo que les da un contenido mucho más amplio; asimismo, c) en materia de mitigación les deja librada la elección del " nivel de ambición" que adoptarán y el "año de base" para tomar como punto de referencia **(34)**.

II.2.c. La naturaleza jurídica de las "contribuciones"

El sistema jurídico del Acuerdo de París tiene como punto arquimédico de partida las "contribuciones determinadas a nivel nacional" **(35)**.

Sin embargo, pese a toda la flexibilidad existente, es claro que a) los Estados parte "deben" hacer alguna contribución **(36)**, b) deben seguir haciéndolas en el futuro cada cinco años, y c) que estas sucesivas no pueden ser menos ambiciosas que las anteriores (art. 4º, parág. 2º, AP).

Es decir que efectuar las contribuciones nacionales y hacerlo periódicamente ("mantener las sucesivas contribuciones", arts. 4.2 y 13) es una obligación de todos los Estados parte del Acuerdo. En efecto, como se analizará luego, son obligaciones que alcanzan a todos los Estados, desarrollados y en vías de desarrollo, sin discriminación, que fue una de las grandes cuestiones en la negociación del Acuerdo, pero de manera diferenciada.

De modo que existe una obligación de hacer las contribuciones, que a su vez contiene una obligación sustancial de no retroceder en los niveles de ambición, que es una obligación derivada de la adopción implícita del principio de no regresión y explícita del principio de progresividad (arts. 3º y 4º, parág. 3º, AP).

Además de ello, tienen la obligación —también sustancial— en el ámbito interno de tomar las medidas para cumplir con las contribuciones.

Todo esto conforma un complejo de obligaciones de hacer interrelacionadas, técnicamente delimitadas, que deben ser entendidas como obligaciones de resultado atenuado, pues el éxito de los resultados no integra el objeto de la obligación, aunque sí el "resultado técnico" que implica hacerlas **(37)**. En otras palabras, son obligaciones de obtener un resultado técnico independiente de su eficacia.

Estas obligaciones de contenido flexible son acompañadas de obligaciones de tipo procedimental, que les dan mayor rigidez.

En efecto, a lo dicho se agrega la existencia de un sistema basado en el principio de comunicación transparente (art. 13, AP), de revisión y seguimiento de las contribuciones.

Las contribuciones deben ser revisadas y comunicadas por los Estados cada 5 años (art. 4º, parág. 9º, AP) con "transparencia" y de manera comprensible (art. 4º, parág. 8º, AP). No obstante, pueden revisarlas para "ajustar en cualquier momento su contribución determinada a nivel nacional que esté vigente" (art. 4º, parág. 11, AP).

Es decir que existe una obligación de hacer (preparar) contribuciones en materia de reducción de emisiones, mitigación y adaptación, y otra de comunicarlas de manera transparente y

(34) FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M., "Los nuevos objetivos...", ob. cit., p. 111.

(35) Por el contrario, el punto de partida del Protocolo de Kioto era la fijación de un zócalo global de reducción de emisiones acordado globalmente. Es decir, una especie de punto de partida global común.

(36) Las contribuciones se registran en un registro público que al efecto lleva la Secretaría (arts. 4º, parág. 12, y 7º, parág. 12).

(37) Esto las aleja de las obligaciones de medios puras, que consisten en colocar la diligencia debida, por ejemplo, hacer el "mejor esfuerzo" para alcanzar el resultado. En el Código Civil y Comercial argentino, las obligaciones de la Convención califican bajo el art. 744, inc. b).

comprensible, pero su contenido concreto está indeterminado.

La segunda —de comunicar— es claramente una obligación procedimental, que consiste en presentar las contribuciones en el tiempo y en las formas establecidas. La primera es una obligación sustancial de hacer y, aunque su contenido es indeterminado, consiste en una operación técnica concreta; es lo que se conoce como una obligación de medios agravada.

Finalmente, los Estados tienen una segunda obligación procedimental, que es revisar —de manera individual— las contribuciones efectuadas sin retroceder en los niveles de ambición planteados (art. 3º, segunda parte, AP), para lo cual tienen que montar un mecanismo interno de revisión periódica, lo que exige una evaluación y la construcción de indicadores para ello, a lo que se suma que el Acuerdo tiene un procedimiento de evaluación propio, que es colectivo y que consiste en elaborar un "balance mundial" del progreso de la aplicación del Acuerdo, y que tiene como primera fecha de cierre 2023 (art. 14, apart. 1º, AP).

De este modo, mediante los instrumentos procedimentales del Acuerdo, el efecto final que se logrará es que habrá "ciclos sucesivos de compromisos" **(38)**, o mejor, "ciclos sucesivos de contribuciones", que serán efectuadas cada cinco años —e incluso revisadas individualmente en cualquier momento—, y luego ciclos de balances, también cada cinco años, realizados colectivamente **(39)**.

Un punto no menor es la relación entre estas contribuciones y el objetivo general de mantener la temperatura global por debajo de 2ºC y luego reducirla a menos de 1,5°C respecto de la era preindustrial [art. 2º, parág. 1.a)], lo que significa un cambio de estrategia en relación con la estrategia de reducción de emisiones que el derecho internacional del clima mantenía como idea rectora hasta el Protocolo de Kioto **(40)**. En efecto, en el Acuerdo de París hay un cambio de estrategia: en vez de luchar por reducir las emisiones que son la causa principal del calentamiento, la idea es luchar por mantener el aumento de la temperatura global, para lo cual se emplea la idea de aumentar el "nivel de ambición". La nueva estrategia, que fue lanzada en la COP15 de Copenhague de 2009, encierra otro cambio no menor, que es no limitarse a la disminución de emisiones de gas, sino ampliar las acciones incluyendo otros dos grupos de acciones destinadas a "mitigar" el cambio y a "adaptarse" al cambio. En lo que se refiere a la obligación de realizar las contribuciones nacionales, esta finalidad funciona como la "eficacia final", que, no obstante quedar fuera del objeto de la obligación sin que sea exigible a cada Estado en particular, funciona como un fin hacia el cual se orienta la evaluación de los resultados alcanzados y orienta el cumplimiento.

II.2.d. La flexibilización del principio de las obligaciones comunes pero diferenciadas

El Acuerdo de París adoptó una versión del principio de las obligaciones comunes pero diferencias del derecho internacional ambiental y de la regulación internacional del cambio climático, que evita la división binaria entre países desarrollados y en vías de desarrollo.

En efecto, uno de los puntos críticos de la negociación del Acuerdo post Kioto era que el Protocolo fijaba obligaciones de mitigación y, en particular, de disminución de emisiones solo a los países desarrollados, dejando fuera a los países en vías de desarrollo, por imperio del principio antes mencionado.

Como señalé, el Acuerdo de París generalizó las obligaciones a todos los Estados parte, sin diferenciar a estos fines —ser sujetos pasivos de las obligaciones del Acuerdo— entre Estados desarrollados o en vías de desarrollo.

(38) KERBRAT, Yann — MALJEAN-DUBOIS, Sandrine — WEMÄERE, Matthieu, "Conférence Internationale de Paris...", ob. cit.

(39) Hasta el momento, los ciclos no han podido ser temporalmente unificados, aunque existe un esfuerzo en ese sentido. Ello se debe a que, a partir de que, luego de la COP de Lima de 2014, se invitó a los Estados a efectuar sus contribuciones nacionales, muchos Estados lo hicieron; es decir, aun antes de la entrada en vigencia del Acuerdo de París, por lo que las fechas de cada contribución nacional y el cómputo del plazo de 5 años se comienzan a contar desde fechas muy diferentes, según el Estado y cuándo este haya presentado su primera contribución nacional.

(40) JUSTE RUIZ, José, "El tercer pilar...", ob. cit., ps. 33-35.

Sin embargo, al mismo tiempo, introdujo un mecanismo de flexibilización del cumplimiento de las obligaciones, "teniendo en cuenta la necesidad de apoyar a las partes que son países en desarrollo para lograr la aplicación efectiva del presente Acuerdo" (art. 3º, *in fine*); en particular, esto se plasma en el "marco de transparencia reforzado" (art. 13), que favorece a los países en vías de desarrollo "que lo necesiten" (art. 13.2.), es decir, considerando "las diferentes capacidades de las partes y basado en la experiencia colectiva".

II.2.e. El resultado final: efecto de localización

En definitiva, las obligaciones de los Estados de adaptación y mitigación surgen *bottom up* y, en consecuencia, se las ha nacionalizado **(41)**, lo que significa en el plano de los procesos de globalización que se trata de un globalismo que se localiza **(42)**.

En efecto, como se ha explicado **(43)**, en las dinámicas del mundo global hay procesos de globalización y de localización complementarios; si se acepta que esto es así, es porque existen actores que en determinados momentos "trabajan" para generar procesos de globalización, y actores —que pueden ser los mismos— que en otros momentos hacen lo propio para que una formación global se localice.

El efecto de localización es producto de que el Acuerdo de París estableció la "contribución prevista y determinada a nivel nacional" (arts. 3º a 6º).

En este contexto, como se analizará, los procesos de litigación climática pueden contribuir a reforzar ese proceso de localización si no son complementados con una estrategia que corrija este efecto potencial.

En efecto, la profundización del efecto de localización terminaría por diluir definitivamente el principio de obligaciones comunes pero diferenciadas, aun flexibilizado, como es recogido en el Acuerdo de París, al generar que algunas contribuciones nacionales determinadas, donde los tribunales fueran más permeables a las acciones contra el Estado Nacional —los tribunales del sur global— o los Estados subnacionales, sean exigidas judicialmente, y en otros no —los tribunales del norte global—.

III. La litigación climática en los procesos de globalización del campo legal

III.1. La litigación climática como proceso de globalización del campo legal

En el campo de la globalización del derecho suele señalarse que uno de sus subproductos es la circulación de los modelos legales y de los contratos, generando el primero un fenómeno de "recepción" o "préstamos legales" irreflexivos, y el segundo, un proceso de "inmunización" de los contratos.

Es absolutamente cierto que contemporáneamente existe un alto nivel de circulación de los modelos jurídicos, mucho más acelerado, irreflexivo y sutil que el que permitía el derecho moderno en la primera modernidad, y que esa circulación se encuentra facilitada por diversos factores que van desde el gran "dinamismo de los espacios", consistente en la fuerte interdependencia y conexidad **(44)**, a la prevalencia creciente de la "tecnicidad" en la construcción de las respuestas jurídicas, la imitación y "la creación de módulos jurídicos capaces de atravesar confines" **(45)**.

La circulación del derecho global en los territorios nacionales se da a través de procesos relativamente nuevos, que en general pueden ser agrupados bajo la etiqueta de "trasplantes jurídicos" y "circulación de modelos" jurídicos **(46)**.

(41) FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M., "Los nuevos objetivos...", ob. cit., p. 109.

(42) SANTOS, Boaventura de Souza, "La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación", Ed. Universidad Nacional de Colombia — ILSA, Colombia, 1996.

(43) SANTOS, Boaventura de Souza, "La globalización del derecho...", ob. cit., ps. 56 y 57.

(44) FERRARESE, María Rosaria, "Diritto sconfinato. L'inventiva giuridica e spazi nel mondo globale", Ed. Laterza, Italia, 2006, p. 10.

(45) FERRARESE, María Rosaria, "Diritto sconfinato...", ob. cit., p. 18.

(46) FERRARESE, María Rosaria, "Prima lezione di diritto globale", Ed. Laterza, Italia, 2012, ps. 71-72.

Las vías por las cuales esos "trasplantes se producen son muy variadas": la actividad de los profesores que importan teorías jurídicas **(47)**, los jueces nacionales que emplean proyectos o recomendaciones que funcionan como *soft law* o la jurisprudencia de tribunales internacionales en los cuales el país no ha sido parte.

Por el contrario, lo que ocurre en los tribunales no suele relacionarse con la globalización del campo legal; sin embargo, existe una creciente globalización de la litigación, que es el producto de diversos factores: el protagonismo alcanzado por las organizaciones no gubernamentales en el plano global e internacional, la internacionalización de las organizaciones no gubernamentales, la existencia de coaliciones globales de organizaciones no gubernamentales, etcétera.

La litigación por el cambio climático es un fenómeno global, porque existe un modelo de litigación para luchar por el derecho a un clima estable para las generaciones futuras que se expande globalmente, centralmente a través de la recepción que hacen de este modelo las organizaciones no gubernamentales. Lo que puede verse claramente por las referencias que se hacen de un litigio a otro **(48)** y porque los litigios se alimentan mutuamente **(49)**; en este contexto, los "modelos" más conocidos que suelen citarse en los demás son el caso "Urgenda" y "Juliana".

Esta es, desde mi perspectiva, la primera lección que puede extraerse: la aproximación a la problemática de la litigación climática debe hacerse en el marco del debate en torno a la globalización o las globalizaciones del derecho que dé cuenta de que no solo circulan los modelos regulatorios —la ley y el contrato—, sino también los modelos de litigación.

III.2. La litigación climática entre los procesos de globalización del campo legal

Los procesos de globalización del derecho son plurales y heterogéneos. No todos se inscriben en la misma racionalidad. El derecho global es un fenómeno emergente y altamente heterogéneo. Observarlo en su totalidad es imposible; las "formaciones globales" del derecho son muy específicas, cada una tiene una fisonomía propia.

Estos procesos de globalización del derecho constituyen dinámicas por las cuales se producen, se generan y luego se localizan diversas formaciones jurídicas globales.

Boaventura de Souza Santos señala que existen dos tendencias bien acentuadas que tienden a atraer a diferentes formaciones jurídicas globales, que se inscriben bajo la racionalidad de cada una de estas dos tendencias y que producen finalmente lo que Santos denomina "campos jurídicos transnacionales" **(50)**; en este sentido, puede sostenerse que existe una racionalidad neoliberal que predomina en la escena de la globalización, orientando preponderantemente su sentido, y que existe otra orientación que apunta a las formaciones globales solidaristas **(51)**.

Este proceso de globalización presenta, a mi modo de ver, dos problemas: a) el riesgo de trasposición de problemas originados en la coyuntura técnico-legal de los países del hemisferio norte hacia el hemisferio sur, en particular hacia América Latina, que tienen una realidad jurídica muy diferente; b) el riesgo de contribuir a colocar en un segundo plano en este tema el

(47) BONILLA MALDONADO, Daniel, "Teoría del derecho y trasplantes jurídicos", Ed. Siglo del Hombre — Universidad de los Andes — Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2009.

(48) Los abogados de las diferentes ONG que participan activamente en la litigación climática cooperan entre sí y, además, "…comenzaron a citar del contencioso comparado en su demanda, para convencer al juez nacional de la emergencia de un movimiento transnacional de justicia climática. Por ejemplo, en la decisión 'Juliana', el juez estadounidense hace referencia al éxito judicial de la decisión 'Urgenda' (aunque todavía esté en apelación) para ilustrar e incluso confirmar su razonamiento jurídico", CHRISTEL COURNIL, "Les convergences des actions climatiques contre l'État…", ob. cit., p. 253.

(49) ROCHFELD, Judith, "Justice pour le climat", Ed. Odile-Jacob, París, 2019, p. 41.

(50) SANTOS, Boaventura de Sousa, "La globalización del derecho…", ob. cit., ps. 265 y ss.

(51) SANTOS, Boaventura de Souza, "Os procesos da globalização", en AA.VV., *A globalização e as ciencias sociais,* Ed. Cortez, Brasil, 2002.

principio de las "obligaciones comunes pero diferenciadas".

Es que, aunque la globalización impulsada por las organizaciones no gubernamentales ha sido tradicionalmente identificada como parte de la globalización contrahegemónica, en los hechos este proceso impulsa la difusión global de la mirada del norte global en este tema, empleando categorías conceptuales y teóricas formuladas en el norte global. Por consiguiente, sin los ajustes necesarios a la estrategia, los mismos reparos que pueden hacerse a la globalización hegemónica del derecho caben a la litigación climática, con el agravante de "trasladar" problemas inexistentes en estas latitudes.

Por ello, una perspectiva atenta exige practicar un ejercicio de adaptación reflexiva de este modelo de litigación; no solo obligadamente por las circunstancias locales, sino también derivada de una posición crítica con la globalización, centrada en cómo se problematizan jurídicamente los grandes asuntos.

El segundo riesgo es contribuir a producir una sobrecarga sobre los estados de los países que menos han contribuido al cambio climático. Hay que asumir el riesgo de que esta litigación por el cambio climático contra el Estado contribuya a "localizar" la lucha contra el cambio climático **(52)** y sobre todo las respuestas.

En cambio, si se piensa en la litigación contra las empresas transnacionales en este orden, el sentido de la lucha cambia y puede perfectamente inscribirse en un proceso de globalización del derecho contrahegemónico.

(52) La idea de que la litigación climática contribuye a "localizar" la lucha contra el cambio climático se refiere al hecho de que constituye una especie de complemento de la estrategia del Acuerdo de París. En efecto, la litigación climática de "gran envergadura" tiene como condición de posibilidad el hecho de que el Acuerdo de París, si bien no establece cuál es el compromiso que asumen los países signatarios de reducción de sus emisiones, sí establece un objetivo común y el compromiso de implementar reducciones a nivel nacional cada vez más estrictas (art. 3º, parág. 3º), con lo cual, si bien nadie puede demandar a un Estado que reduzca a un cierto nivel sus emisiones, sí puede demandarse que las reduzca.

IV. El estado del arte sobre litigación climática

La litigación climática es un movimiento global centralmente impulsado por las organizaciones no gubernamentales **(53)** —aunque asimétrico en las diferentes geografías; por ejemplo, se concentra principalmente en el hemisferio norte— en el que se incluye "todo litigio administrativo o judicial sea federal, estatal, tribal o local por el cual las decisiones de los tribunales levantan directamente y de manera expresa a cuestiones de hecho o de derecho concernientes al fondo o a las causas e impactos de la política climática" **(54)**.

En una palabra, se incluyen en esta etiqueta de "litigación climática" solo los litigios que se refieren centralmente a la política de cambio climático y su regulación jurídica, y no se incluyen los litigios que de manera colateral se vinculan con el cambio climático.

La primera cuestión que hay que señalar es que los procesos climáticos son hoy muy numerosos —en 2020 sobrepasaban los 1500 **(55)**—, y puede hablarse de una verdadera "ola" de acciones judiciales **(56)**; van permanentemente *in crescendo* y, como señalé, guardan una relación directa con la nacionalización de las políticas de lucha contra el cambio climático que ha promovido el Acuerdo de París.

(53) Sobre esto, ver el análisis de CHRISTEL COURNIL, "Les convergences des actions climatiques contre l'État...", ob. cit., ps. 231-247.

(54) WILENSKY, Meredith, "Climate Change in the Courts: An Assessment of Non-U.S. Climate Litigation", 26 *Duke Envtl. L. & Pol'y Forum* 131, 134 (2015), que adopta la definición elaborada por MARKELL, David — RUHL, J. B., "An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual?", 64 *Fla. L. Rev.* 15, 27 (2012), cit. en nota 12 de PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR L'ENVIRONNEMENT, "L'état du contentieux climatique: revue mondiale", misión DEL/2110/NA, mayo 2017.

(55) United Nation Environment Programme "Global climate change litigation report", 2020 Status Review. https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y

(56) Son muchísimos los casos; es un verdadero movimiento global. Puede consultarse UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, "The Status of Climate Change Litigation. A Global Review", mayo 2017.

Existen dos subtipos de litigios climáticos que se han identificado en la literatura sobre el tema: a) las acciones contra los Estados nacionales; y b) las acciones contra las empresas dedicadas a la extracción de combustibles fósiles. Ambos tienen, obviamente, objetivos diferentes e implicancias políticas absolutamente distintas.

Los litigios climáticos contra los Estados se insertan en la trayectoria de evolución de la regulación internacional del clima; una parte de ellos fueron montados en el período post Kioto, frente al fracaso del multilateralismo en arribar a un nuevo Acuerdo obligatorio; otra parte, quizá la más significativa, es posterior a la aprobación del Acuerdo de París, y constituye una respuesta de la sociedad civil a la inacción o falta de ambición de los Estados nacionales.

Los litigios climáticos contra las empresas son en gran medida independientes de la trayectoria de la negociación internacional de la regulación del clima, y tienen una historia que, aunque reciente, es más antigua que la del otro grupo.

Los litigios climáticos contra los Estados se pueden subclasificar, considerando su objeto como: a) de "gran amplitud", cuando se pone en cuestión la política estatal de lucha contra el cambio climático en general y cómo se la lleva a cabo; y b) de "pequeña envergadura", cuando se refieren a proyectos (v.gr., de ampliación de aeropuertos) que tienen consecuencias en relación con el cambio climático y en los cuales lo que se cuestiona es el estudio de impacto **(57)**.

Los casos de "gran amplitud" se presentan contra los Estados y cuestionan la política climática en general, por su insuficiencia o "falta de ambición", y colocan el acento en el incumplimiento por parte de estos Estados de las obligaciones asumidas en materia de lucha contra el cambio climático, centralmente en el Acuerdo de París **(58)**.

Hay tres casos que pueden calificarse como "emblemáticos" contra los gobiernos nacionales, que son relevantes por diferentes razones.

El primero de ellos es "Juliana vs. USA" **(59)**. Este caso es parte de un grupo de casos que se han planteado en los Estados Unidos por la ONG "Our Children Trust" **(60)**. Se desarrolla ante los Tribunales Federales del Estado de Oregón (2015), y allí se discutió sobre la base de la *public trust doctrine* si debía admitirse el caso, y finalmente se le hizo lugar. El objeto del litigio es cuestionar la política de lucha contra el cambio climático del gobierno federal, por no llevar adelante una política para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero que permitan alcanzar el objetivo de evitar un aumento de la temperatura global de más de 2 grados. Entre otros aspectos novedosos del caso, la ONG empleó la idea de litigar por el derecho de las generaciones futuras representando a un grupo de 21 niños y niñas **(61)**, idea que luego fue replicada en muchos otros casos. El caso es significativo, pues aquí excepcionalmente la acción judicial fue admitida para su decisión final, habiendo superando los test existentes en los tribunales norteamericanos para esto **(62)**.

El segundo es el caso "Urgenda" **(63)**, iniciado por la ONG Urgenda en representación de casi

(57) PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR L'ENVIRONNEMENT, "L'état du contentieux climatique: revue mondiale", ob. cit.

(58) Aquí hay que distinguir con cuidado; una cosa es el "objetivo", que en general es marcar el incumplimiento de las "obligaciones" del Acuerdo de París, y otra es el tejido de derecho que se utiliza para fundar la existencia de estas obligaciones, que puede incluir, además, tratados de derechos humanos, derechos constituciones o leyes nacionales.

(59) "Juliana vs. United States", case 6:15-cv-01517-TC, Opinion and Order (10/11/2016), US District Court, District of Oregon, *https://elaw.org/us.juliana.mtd*.

(60) Véase *https://www.ourchildrenstrust.org/*.

(61) Puede ampliarse, entre otros, en VILASECA BOIXAREU, Isabel — SERRA CALVÓ, Jordi, "Litigación climática y separación de poderes: una aproximación a la cuestión a través de decisiones judiciales de los Estados Unidos", *Revista Catalana de Dret Ambiental, vol. IX, nro. 2 (2018): 1-42. MOUGEOLLE, Paul,* "Le grand bond en avant du procès de la justice climatique, 'Juliana' contre l'Administration Trump", *La Revue des Droits de l'Homme* [en línea], *Actualités Droits-Libertés,* puesto en línea: 19/03/2018, consultado: 20/04/2019, *http://journals.openedition.org/revdh/3791; DOI: 10.4000/revdh.3791.*

(62) Puede verse la línea del tiempo del caso en *https://www.ourchildrenstrust.org/juliana-v-us.*

(63) "Foundation vs. The Netherlands" [2015], HAZA C/09/00456689 (24/06/015); aff'd (09/10/2018) [District Court of The Hague, and The Hague Court of Appeal (on

900 ciudadanos holandeses contra el gobierno de Holanda **(64)**, cuestionando la falta de ambición de la política de lucha contra el cambio climático del gobierno, en particular, de reducción de emisiones. El objeto de la pretensión fue que se condene al gobierno holandés —que había asumido una contribución voluntaria de bajar el 20% de las emisiones antes de 2020— a aumentar su ambición a 25% para el mismo período. La acción obtuvo una sentencia favorable en primera instancia de un tribunal distrital de La Haya, del 24/06/2015. El gobierno de Holanda recurrió la sentencia, y el 09/10/2018 la Corte de Apelaciones de La Haya dictó la sentencia de segunda instancia, que confirma lo decidido por el primer tribunal que intervino. El tribunal juzgó que las metas de reducción de emisiones que había alcanzado el gobierno hasta el momento eran insuficientes, y que debían alcanzar el 25% en 2020 en relación con el nivel de emisiones de 1990. Pese a que se trata de una acción de responsabilidad civil, en este aspecto fundada en el Código Civil holandés, la condena no fue a reparar, sino a cumplir en el futuro los compromisos internacionales. El objetivo del caso "Urgenda" **(65)** y su técnica han sido replicados en otros países.

En América del Sur es ineludible el renombrado caso de Colombia, en el cual la ONG Dejusticia inició, en el marco de su política de litigación estratégica en el campo ambiental, una "acción de tutela" **(66)** contra el gobierno nacional, apoyada en la representación de un grupo de niños y niñas, alegando el derecho colectivo al ambiente y otros derechos fundamentales conexos, como el derecho a la vida, al agua, a la alimentación **(67)**. El objetivo de la acción fue "superar la crisis socioambiental en la Amazonía, que se adopten las siguientes medidas: a) Plan de acción para reducir la deforestación a cero para el año 2020. b) Acuerdo Intergeneracional para reducir la deforestación y las emisiones de gases efecto invernadero. c) Ordenar a los municipios de la Amazonía colombiana que actualicen su POT. d) Moratoria de las principales actividades que son motores de deforestación. Investigación por parte de la Fiscalía de las actividades ilícitas generadoras de deforestación" **(68)**. La sentencia **(69)** hizo lugar a la acción y alcanzó un altísimo nivel de visibilidad, por dos motivos: el primero fue que el tribunal concedió al Amazonas el estatuto de sujeto de derecho, y el segundo, que se trata del primer caso latinoamericano exitoso de "justicia climática". Marginal, pero no por ello menos fundamental, es el reconocimiento expreso que hace el tribunal del hecho de que "La humanidad es la principal responsable de este escenario" en el que contemporáneamente se encuentran los sistemas

appeal)], *https://elaw.org/nl.urgenda.15*. PAREJO NAVAJAS, Teresa, "La victoria de Urgenda: el inicio de la lucha judicial frente al cambio climático", *Revista Española de Derecho Administrativo,* nro. 177, abril-junio 2016, ps. 259-279; TORRE-SCHAUB, Marta, "L'affirmation d'une justice climatique au prétoire (quelques propos sur le jugement de la Cour du District de La Haye du 24 juin 2015)", *Revue Québécoise de Droit International, vol. 29-1, 2016*, ps. 161-183, *https://www.persee.fr/doc.rqdi_0828-9999_2016_num_29_1_2233; RODRÍGUEZ GARCÍA, Noel,* "Responsabilidad del Estado y cambio climático: el caso Urgenda contra Países Bajos", *Revista Catalana de Dret Ambiental, vol. VII, nro. 2 (2016): 1-38.*

(64) TORRE-SCHAUB, Marta, "La justice climatique. À propos du jugement de la Cour de District de La Haye du 24 juin 2015", *Revue Internationale de Droit Comparé, nro. 3,* julio-septiembre 2016, *Working paper*.

(65) Por ejemplo, "Ashgar Leghari vs. Federation of Pakistan" (W.P. 25501/2015), Lahore High Court Green Bench, *https://elaw.org/PK_AshgarLeghari_v_Pakistan_2015*. Es una acción iniciada por un agricultor pakistaní contra su gobierno en 2015, basada en el derecho fundamental a la vida establecido por el art. 9º de la Constitución de Pakistán. También en Inglaterra, en el caso planteado por la ONG Plan B, aunque con resultado negativo.

(66) En el campo de los derechos colectivos, como el derecho al ambiente, la acción de tutela es subsidiaria de la acción popular. Para proteger un derecho colectivo, el instrumento que en el derecho colombiano se emplea en primera línea es la acción popular; la acción de tutela solo procede para proteger derechos colectivos cuando se acredita que existen daños a derechos individuales. CABEZAS, Nicolás, "Un nuevo reto para la Administración: el reconocimiento de la selva del Amazonas como sujeto de protección por el juez de tutela", *Revista Digital de Derecho Administrativo, nro. 20, segundo semestre 2018, ps. 465-483.*

(67) Se trata de una amalgama de las dos categorías de derechos que regula la Constitución colombiana: los derechos individuales y los derechos colectivos, CABEZAS, Nicolás, "Un nuevo reto para la Administración...",ob. cit., ps. 465-483.

(68) "Defensa Climática de la Amazonía Colombiana"; disponible en *https://www.dejusticia.org/*.

(69) CS, sentencia de 05/04/2018, STC 4360/2018.

naturales, lo que significa ni más ni menos que reconocer que vivimos en el Antropoceno y la asociación entre biodiversidad y cambio climático, que le da un estilo propio.

En general, estos tres casos anteriores pueden ser reagrupados como "casos de alto impacto", en los cuales existe una falta de acción respecto del clima por parte del Estado, que no reduce las emisiones o no adopta otras medidas de mitigación o de adaptación.

Finalmente, hay un subgrupo de casos contra los Estados en los cuales el problema central no es la "inacción climática", sino que el Estado otorga un permiso o autorización para la realización de una obra pública o la explotación de un recurso natural sin que en el proceso de evaluación de impacto ambiental los aspectos climáticos hayan sido considerados, y que más arriba llamé de "pequeña envergadura", aun cuando la finalización y puesta en marcha de la nueva infraestructura suponga aumentar las emisiones de gases de efecto invernadero, en vez de reducirlas.

En el punto que sigue analizo los casos de la litigación climática con base en los tópicos que son objeto de debate.

V. Los tópicos centrales de la litigación climática

¿Cómo pueden traducirse en el contexto del derecho argentino estas experiencias de las acciones climáticas? Para explicar esto es necesario analizar cuáles son los tópicos nucleares de esas acciones judiciales de justicia climática.

V.1. El descubrimiento del bien "clima"

Las acciones por el clima son litigios estructurales **(70)** y de impacto **(71)**. Una pieza importante de esta litigación es el objetivo que persiguen los actores, de que los jueces reconozcan la existencia del clima como bien jurídico protegido.

Puede afirmarse entonces que un primer objetivo de esta litigación es obtener la declaración de parte de los jueces de que el clima es un bien, y a partir de allí lograr medidas adecuadas para preservar el sistema climático para las generaciones futuras **(72)**.

Desde hace tiempo, la dogmática jurídica trabaja sobre la idea de que el clima es un bien común. En particular, se ha tratado de sostener que es un "bien público mundial", que se clasifica en diversos subtipos, entre los cuales estarían los "bienes públicos mundiales naturales" y, entre ellos, la capa de ozono y la estabilidad del clima **(73)**.

En los Estados Unidos, un subtipo de estas acciones climáticas, apoyadas en la *public trust doctrine*, intentan que se reconozca a la atmósfera como un bien público que integra el *public trust*.

A su vez, en el caso colombiano del Amazonas, el bien es el Amazonas, es decir, la biodiversidad, que debe ser protegida de la deforestación y que se conecta con el clima estable para las generaciones futuras por el impacto que este fenómeno de continua deforestación de la selva tiene sobre la estabilidad del clima.

En Argentina, evidentemente este tipo de litigación constituye una oportunidad para discutir la existencia de ciertos bienes como "bienes comunes". Judith Rochfeld defiende esta perspectiva por razones simbólicas y de eficacia **(74)**. Varios avances existen ya en este sentido. En especial, la Corte Suprema ha dicho varias ve-

(70) Sobre esto ver PUGA, Mariela, "Litigio estructural", en *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo, año I, nro. 2, noviembre de 2014, ps. 41-82.*

(71) CORREA MONTOYA, Lucas, "Litigio de alto impacto: estrategias alternativas para enseñar y ejercer el derecho", *Opinión Jurídica Medellín, vol. 7, nro. 14,* julio-diciembre 2008, Colombia, ps. 149-162.

(72) TORRES SHAUB, Martha, ob. cit.

(73) CHEVALIER, Emilie, "Du patrimoine commun aux biens public mondiaux", en AA.VV., *Les biens communs environnementaux: quel(s) statut(s) juridique(s)?,* Ed. Pulim, Limoges, 2017, p. 53.

(74) Razones simbólicas: este tipo de acciones judiciales no pueden fundarse solo en la existencia de derechos individuales sino también "encarnar el interés de la comunidad"; razones de eficacia: para responsabilizar al Estado, nada mejor que señalar que existen bienes comunes que él tiene obligación de proteger en beneficio de toda la comunidad, ROCHFELD, Judith, "Justice pour le climat", ob. cit., p. 64.

ces que el ambiente es un macrobien de carácter colectivo y que sus elementos, como el agua, son microbienes también colectivos; son colectivos por las mismas razones que los bienes son considerados comunes en el campo de la economía: son indivisibles e inapropiables. El clima como tal es un bien claramente indivisible, pues no existen ni estrategias tecnológicas ni políticas para dividirlo y poseerlo; por tanto, no es apropiable. Se trata de un "ejemplo ideal" de bien común. Pero no es un bien común de "pequeña escala" **(75)**, sino de gran escala, de escala global; a estos bienes comunes de gran escala se les ha dado en llamar *global commons*.

V.2. La justiciabilidad de la política de cambio climático

La segunda cuestión es la justiciabilidad de estos planteos. Esta problemática ha tenido gran centralidad en la litigación climática en los Estados Unidos y ha sido el freno para que este tipo de litigios —salvo excepciones, como el caso "Juliana"— se desarrolle.

En los Estados Unidos, la cuestión es si el Poder Judicial puede o no encargarse de resolver el problema de la ineficiente aplicación de políticas públicas en relación con el ambiente por parte de los gobiernos. Como anticipé, la gran mayoría de las sentencias niegan la competencia de los tribunales para poder establecer cuáles son las medidas que deben formar parte de una política de cambio climático, salvo casos excepcionales, como en el caso "Juliana".

Esta construcción de los Estados Unidos —muy similar a la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina— ha generado un valladar importante para establecer las políticas de cambio climático.

En los Estados Unidos existen tres teorías que hicieron declinar la competencia del tribunal.

La primera es la teoría de la "cuestión política" (*political question doctrine*). Consiste en analizar si es una decisión que puede ser resuelta por un poder contramayoritario del Estado, como es el Poder Judicial, o, por el contrario, se trata de una cuestión que solo puede ser decidida por los poderes del Estado que son mayoritarios. Entonces, ¿cuándo una cuestión es política? Cuando los análisis "no pueden ser acotados judicialmente", es decir, el tribunal se ve obligado a "hacer juicios políticos de naturaleza legislativa". Para poder delimitar esto, en los Estados Unidos existe un test que explica cómo debe ser canalizada esta política, que se conoce bajo el nombre de "test de Baker". En el caso de los litigios climáticos se ha considerado en general que los planteos de las políticas de cambio climático que han sido presentados ante la justicia no superan este test, y han quedado trabados en el problema de la admisibilidad de la acción. Los tribunales han sostenido que estas acciones persiguen "imponer al gobierno obligaciones fiduciarias sujetas a parámetros específicos y formuladas como acciones concretas", lo que no es resorte del Poder Judicial. Esta ha sido la tendencia casi uniforme en la jurisprudencia de los Estados Unidos. Una excepción ha sido el caso "Juliana", y por ello es considerado una enorme victoria de la litigación climática; en este caso, la Corte de Circuito del Estado de Oregón admitió la acción porque consideró que, aunque las cuestiones de cambio climático tienen implicancias en la esfera política internacional, no son en esencia decisiones de política exterior, es decir que una eventual decisión judicial en este tema no contradice los compromisos internacionales del Estado en materia de cambio climático si ordena ir por encima de ellos.

La segunda teoría, también muy conocida en el derecho argentino, es la teoría de la división de poderes, que nos hace pensar si admitir estas acciones no implica un intercambio de funciones entre los poderes del Estado. En efecto, según la teoría de la división de poderes, ningún poder del Estado puede asumir funciones que le caben a otro poder, salvo que la Constitución así lo permita, pues estaría invadiendo las competencias de este último. El riesgo es alto, porque sabemos que decidir sobre la política de cambio climático no es una función del Poder Judicial, y cuando el Poder Judicial analiza estas cuestiones de cambio climático está sustituyendo la función que en realidad le corresponde a otro poder del Estado. En los Estados Unidos, para establecer esto existe un test específico que tiene dos partes: a) hay que analizar si un poder

(75) OSTROM, Elinor, "El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva", Ed. Fondo de Cultura Económica, 2011.

"somete indebidamente el margen de actuación del otro" poder (*undue burden inquiry*); y b) "si un poder ejerce funciones que corresponden a otro poder" (*functions inquiry*).

En tercer lugar, en los Estados Unidos se analiza si la decisión no produce un desplazamiento del *common law* por las normas de derecho administrativo.

V.3. Cuáles son los derechos que se movilizan

V.3.a. Los derechos fundamentales

En algunos de los casos seleccionados se recurre al derecho constitucional ambiental: por ejemplo, en el caso "Urgenda", al art. 21 de la Constitución de Holanda **(76)**; en el caso "Klimatzaak" **(77)**, al art. 23 de la Constitución de Bélgica; en el caso "Amazonas", al art. 79 de la Constitución de Colombia; en el caso de las "Abuelas Suizas" **(78)**, al derecho constitucional a la salud. En "Urgenda", el art. 21 de la Constitución de Holanda señala que es un deber del Estado "velar por la habitabilidad del país", en clara referencia a la relación entre el territorio y el mar; en el caso, esta norma jugó un rol muy relevante, pues de ella el tribunal derivó la existencia de un deber de actuar, al que consideró un "deber de cuidado" por parte del Estado holandés para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Los derechos fundamentales, incluso los económicos, como el derecho a desarrollar la industria lícita, han jugado un rol remarcable diluyente de la idea de que existe un "bien común" que hay que proteger **(79)**.

Desde la perspectiva de algunos países de América del Sur, entre los cuales están la Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y Bolivia, existen, además de derechos fundamentales individuales, derechos fundamentales colectivos y, entre ellos, el derecho al ambiente, por lo que el problema de dilución o dispersión no se presenta en principio; cambia la fisonomía de la argumentación y aparecen problemas específicos.

Por ejemplo, la pregunta que se planteó en Colombia es: ¿pueden protegerse derechos colectivos al ambiente mediante la acción de tutela? Esto se plantea en Colombia porque existen dos acciones judiciales posibles para proteger los derechos colectivos: por un lado, la ya mencionada acción de tutela; y, por otro, la acción popular. La doctrina judicial de la Corte Constitucional en esta materia es que sí se puede utilizar la acción de tutela para proteger derechos colectivos al ambiente, pero de manera indirecta, es decir que debe existir una conexidad entre la violación de los derechos individuales —por ejemplo, a la salud— y los derechos colectivos, de modo que salvaguardando los derechos individuales se salvaguarden los colectivos. En el caso "Amazonas", al explicar la conexidad, la Corte Constitucional utilizó el principio de precedencia: "los derechos fundamentales a la vida, la salud, mínimo vital, la libertad y la dignidad humana están ligados sustancialmente y determinados por el entorno y el ecosistema".

En Argentina, una invocación de derechos fundamentales individuales de un grupo de personas —como el derecho a la salud, por ejemplo— genera en principio la fisonomía de un caso sostenido en "intereses individuales homogéneos". No hay problema con ello; es posible fundar una acción colectiva en intereses de este tipo, pero siempre que se explique cuál es el cemento que los une, es decir que existen elementos comunes —una causa fáctica o jurídica común— y que esos elementos son "preponderantes" por sobre los elementos individuales **(80)**.

Por ello es relevante sostener, además, que en este tipo de casos existe un riesgo o perjuicio para un "bien colectivo o común", sobre el cual

(76) Que es una norma muy particular en el derecho constitucional ambiental comparado que protege la habitabilidad del territorio.

(77) Es una ONG belga que se centra en la lucha climática. Es una acción judicial iniciada en Bélgica en 2014, conocida como el *affaire* "Climat ASBL", por 58.586 ciudadanos contra las cuatro autoridades gubernamentales belgas que son competentes, con el objetivo de que adopten una política climática más ambiciosa: *https://affaire-climat.be/*.

(78) Llevado adelante por una ONG llamada "Ainées pour la Protection du Climat", creada en agosto de 2016 al efecto. En noviembre de 2016 iniciaron la acción judicial: *https://ainees-climat.ch/*.

(79) ROCHFELD, Judith, "Justice pour le climat", ob. cit., ps. 76-78.

(80) CS, 24/02/2009, "Halabi, Ernesto c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo", AR/JUR/182/2009.

existen derechos "de incidencia colectiva sobre bienes colectivos".

Puede servir para este apartado un considerando de la Corte donde aborda el límite a los derechos individuales para la tutela de los bienes colectivos, en la causa "Barrick" **(81)**: "21. Que, así, la perspectiva global emergente del derecho del cambio climático invita a reforzar la visión policéntrica propuesta para los derechos colectivos al tiempo que evidencia la dificultad del proceso bilateral tradicional para responder a la problemática ambiental. En ese sentido el Acuerdo de París también señala en sus considerandos la utilidad que puede revestir el concepto de 'justicia climática' entendida como la perspectiva que intenta integrar una multiplicidad de actores para abordar de manera más sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad. Es por ello que frente a las previsiones de la Ley de Glaciares que apuntan a proteger derechos de incidencia colectiva —y de un carácter especialmente novedoso—, los jueces deben ponderar que las personas físicas y jurídicas pueden ciertamente ser titulares de derechos subjetivos que integran el concepto constitucional de propiedad, amparados en los términos y con la extensión que les reconoce el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este tribunal. Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1º, 2º y 4º de la Ley General del Ambiente 25.675). Todo ello en consideración de los objetivos generales de bien común, como aquel que la comunidad internacional ha trazado para garantizar 'modalidades de consumo y producción sostenibles' en la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible aprobado por la Organización de Naciones Unidas el 25/09/2015 (A/REs/70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, objetivo 12). En suma, el juicio de constitucionalidad de un posible acto lesivo derivado de la ley 26.639 —acreditada que fuera la existencia de una causa judicial— debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados".

V.3.b. Los derechos humanos

Se han empleado también los derechos humanos a la alimentación, a la vida (art. 2º, CEDH), a la salud y a la vida privada y familiar (art. 8º, CEDH); por ejemplo, en los casos "Urgenda", los arts. 2º y 8º, CEDH; "Amazonas"; "Abuelas Suizas" de 2016 **(82)**, "Klimatzaak".

El tribunal no aplicó la CEDH en el caso "Urgenda", debido a que se trataba de una persona jurídica que no era titular de un interés difuso y no tiene por consiguiente daños directos. En consecuencia, no se basó para decidir en los derechos humanos al ambiente —derecho considerado implícito en los arts. 2º y 8º de la CEDH—.

En el caso "Amazonas" se empleó la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que consagra derechos humanos a la vida, a la alimentación, etc., para reforzar el derecho constitucional al ambiente alegado (art. 79, Constitución de Colombia). En Colombia, el derecho al ambiente es, como adelanté, un derecho colectivo, que entonces se sostuvo, en el caso, juntamente con derechos individuales. Esta cuestión es clave para la admisibilidad de la acción de tutela, como se analizó.

V.3.c. El rol del derecho internacional ambiental

Además de los derechos constitucionales y los derechos humanos, en estos casos suelen invocarse obligaciones existentes en el orden internacional, en particular en el Acuerdo de París.

Como se verá, la discusión central aquí es si del Acuerdo de París derivan obligaciones de los Estados exigibles por los individuos.

Así, por ejemplo, en el caso "Amazonas" se invocó el orden público internacional y la obligación de reducir a cero la desforestación del Amazonas para 2020, que fue un compromiso

(81) CS, 04/06/2019, "Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", LL AR/JUR/47069/2018, acceso el 08/01/2020.

(82) En el caso de las "Abuelas Suizas" se movilizó el derecho a la salud consagrado en la Convención Europea de Derecho Humanos, pues este grupo de personas ancianas es considerado más vulnerable al aumento general de la temperatura. El caso se perdió en 2018. El tribunal entendió que las abuelas no requieren de una protección especial.

adicional al Acuerdo de París asumido por Colombia.

En el campo de los derechos, la invocación del Acuerdo de París y del régimen internacional del clima en general parece poco útil, porque estos textos no contienen declaraciones de derechos más allá de los que implícitamente puedan derivarse de algunos de los principios o los que puedan surgir en el contexto de las obligaciones que crean.

V.3.d. El derecho a vivir en un clima estable

Más específicamente, en Argentina, ¿puede fundarse la existencia de un derecho a un clima estable? Parece poco probable como tal, pero sí un "derecho a vivir en un clima estable" **(83)**, que sería un derecho específico dentro del derecho a un ambiente sano y equilibrado (art. 41, CN Argentina).

El razonamiento es simple: no puede haber ambiente sano sin clima estable, pues el clima estable es una condición de funcionamiento de los ecosistemas naturales y de la supervivencia de los elementos que los componen.

V.4. Diferentes subtipos de pretensiones

En las acciones que integran la litigación climática existen diferentes pretensiones.

V.4.a. Declarar la inconstitucionalidad de una ley o una reglamentación administrativa

Hay fallos que tienen que ver con declarar la inconstitucionalidad de una ley; por ejemplo, hay un caso relacionado a los aeropuertos de Viena **(84)**: en el caso, se utiliza la acción para revertir esa autorización para la utilización de los aeropuertos, y otro similar fue resuelto en Irlanda **(85)** y en Inglaterra **(86)**.

También en Oslo **(87)**, con una concesión a diversas empresas para la exploración de gas; en otras palabras, intentan revertir leyes o decisiones administrativas que simplemente sostienen que son inconstitucionales.

V.4.b. Responsabilizar al Estado por la omisión o ineficiencia de su política climática, obligándolo a prevenir el riesgo

El otro tipo de casos es el de aquellos que tienen que ver con la insuficiencia de las políticas climáticas y con el no respeto de los compromisos legales y políticos en materia de cambio climático.

Lo que se intenta atacar es la falta de actividad, la falta de audacia del Estado en ese campo.

Son pretensiones preventivas que persiguen el dictado de una *injuction* con el objetivo de revertir la inacción del Estado en materia climática. Se trata de acciones de prevención del daño, que en algunos países son ampliamente admitidas en el derecho civil, como ocurre en Argentina luego de la sanción del Código Civil y Comercial de 2015, que regula la prevención como una de las funciones de la responsabilidad por daños, al lado de la función de reparación (arts. 1709 y ss., Cód. Civ. y Com.).

El caso "Urgenda" es emblemático en este sentido, pues allí centralmente se discutió la conducta omisiva del Estado y se mandó a tomar medidas, pues se consideró que el Estado incumplió su deber de cuidar a los ciudadanos. En el caso "Klimatzaak Asociación (AJBL)" **(88)**, de manera similar a "Urgenda", se interpuso contra el Estado una acción civil por negligencia. Algo similar ocurrió en Inglaterra, donde la ONG Plan B y 11 ciudadanos ancianos interpusieron una acción contra el Estado inglés **(89)**.

(83) ROCHFELD, Judith, "Justice pour le climat", ob. cit., p. 60.

(84) Corte Federal Administrativa de Austria, sobre la ampliación del aeropuerto de Viena (02/02/2017).

(85) Este caso fue planteado por la ONG "Friends of the Irish Environnment", en 2017, contra la decisión del gobierno irlandés de autorizar una obra de ampliación del aeropuerto de Dublín. "Friends of the Irish Environment CLG vs. Fingal County Council" [2017] IEHC 695 (21/11/2017), *https://www.elaw.org/friends-irish-environment-clg-v-fingal-county-council-2017-iehc-695-nov-21-2017*.

(86) En 2019, contra la autorización de la obra de ampliación del aeropuerto de Heathrow.

(87) Corte de Distrito de Oslo, sobre contratos de concesión de explotación de gas (2018). El caso fue rechazado en primera instancia y actualmente ha sido apelado.

(88) Resuelto por el Tribunal del 1º Distrito de Bruselas, Bélgica.

(89) La demanda fue rechazada, pues se consideró que el gobierno inglés no contrajo, bajo el Acuerdo de París, obligaciones directamente exigibles para con sus ciudadanos.

En el caso "Amazonas" también se cuestionó la omisión del Estado, y por ello se solicitó elaborar un plan de acción para luchar contra la deforestación del Amazonas y suscribir un pacto intergeneracional para garantizar la vida en el Amazonas. Algo similar ocurrió en el caso "Ashgar Leghari" de la Corte Suprema de Pakistán, en el que se demandaron medidas de adaptación.

En definitiva, a diferencia de los casos de "responsabilidad del Estado por omisión", con los cuales estas acciones guardan similitud, lo que aquí se demanda no es una reparación de daños, sino medidas de prevención, que en el marco del derecho del cambio climático se califican como de mitigación.

En términos generales, lo que se exige es siempre lo mismo, aunque con modulaciones: a) que existe un deber de hacer algo para prevenir el daño, es decir, un *duty of care*, lo que en Argentina implica establecer la existencia de un deber específico del Estado de actuar en favor de la seguridad de la población **(90)**; y b) que se pruebe la existencia de un riesgo, es decir, la probabilidad de que una amenaza actuando sobre una población o un territorio vulnerable genere un daño.

En esta línea —omisión, insuficiencia de ambición—, pero con diferencias en el objeto de la pretensión, se encuentra el caso planteado en mayo de 2018 ante la Corte Europea de Derechos Humanos para exigir una mayor ambición por parte de la Unión Europea en sus metas de reducción de emisiones **(91)** —la Corte admitió la demanda en 2018 y se encuentra en proceso—, y otra acción conocida bajo el nombre del *affaire du siècle* **(92)** en la justicia administrativa de Francia, reclamando el daño moral y el "perjuicio ecológico" también derivado de la insuficiencia de las acciones emprendidas por el Estado francés para la lucha contra el cambio climático **(93)**.

V.5. La legitimación activa

Hay una discusión sobre la legitimación activa muy interesante en estos casos.

En el caso "Amazonas", se discutía si los niños podían iniciar una acción de tutela. El tribunal dijo que la edad no era un impedimento para alegar ese tipo de derechos fundamentales; textualmente, dijo: "La mayoría de edad no constituye un factor restrictivo frente a su ejercicio".

Por el contrario, en otros casos se debate si la edad límite de los representados, por ejemplo, 35 años, es un impedimento. En otros términos, se trataría de un problema de los parámetros elegidos para delimitar la "clase" que acciona.

En Argentina, la experiencia de litigios en representación de las "generaciones futuras" es nula. Sin embargo, existen algunas ideas: la "clase" debe estar suficientemente delimitada **(94)**; debería estar integrada por niños, niñas y adolescentes, es decir, personas menores de 18 años.

En el caso de "Urgenda", se discutió si la ONG podía demandar alegando la representación de las generaciones futuras que no son belgas, es decir, si una ONG "nacional" puede atribuirse la representación de las generaciones futuras "extranjeras", para lo que el tribunal analizó el Estatuto de la ONG, que dice que ella lucha por una sociedad sostenible. El tribunal, así, consideró que este fin es intrínsecamente transfronterizo y que la habilitaba a representar a las generaciones futuras no solo de Bélgica, sino incluso del mundo entero.

En Argentina, la doctrina judicial es que la ONG que demanda debe tener incluido en el objeto de su Estatuto la cuestión por la cual se reclama **(95)**.

(90) CS, 06/03/2007, "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", LA LEY del 12/03/2007, p. 5.

(91) "People Climate Case": *https://peoplesclimatecase.caneurope.org*, cit. por COURNIL, Christel, "L'affaire du siècle devant le juge administratif. Les ambitions du futur, premier recours climat français", *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, Ed. Dalloz, 2019, ps.437-442, ffhal-02266606f.

(92) Véase *https://laffairedusiecle.net/*.

(93) COURNIL, Christel, "L'affaire du siècle...", ob. cit.

(94) CS, 24/02/2009, "Halabi, Ernesto c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo", AR/JUR/182/2009.

(95) CS, 01/06/2000, "Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", AR/JUR/930/2000.

V.6. El problema de la prueba de la causalidad científica

Otra cuestión que se ha planteado en estos litigios es la relativa a la causalidad. Analizar si hay causalidad en sí es muy complejo. Por ejemplo, establecer una relación de causalidad entre la inacción del Estado, o ciertas emisiones específicas de gases que se hacen a partir de autorizaciones del Estado, y ciertos daños que se producen en las personas y los sistemas naturales. Establecer el núcleo de causalidad es algo muy problemático.

Este ha sido el talón de Aquiles de la litigación climática que los Estados subnacionales y las ciudades han emprendido contra empresas para exigirles la reparación del daño y la adopción de medidas de adaptación. Las demandas son rechazadas por falta de acreditación de la relación causal **(96)**, que se sabe es de por sí difusa **(97)** y no lineal **(98)**, sino circular.

En el caso "Urgenda" fue donde más se trabajó en tratar de justificar un vínculo causal entre la inacción del Estado, es decir, la falta de audacia del Estado en materia de cambio climático, y la protección del bien jurídico.

En términos generales, lo que se fija en estos casos en que se plantea la prevención de daños no es la prueba de la relación causal entre las autorizaciones para las emisiones y el daño, sino la relación de causalidad con el riesgo que existe para la atmósfera y, concatenado con esto, para los ecosistemas y los seres humanos. Es la relación de causalidad entre las emisiones y la generación de esos riesgos. Quiere decir, una causalidad probabilística, que permite sostener que es un riesgo el aumento de la temperatura.

En el caso "Urgenda", el tribunal aplicó conjuntamente el principio de prevención del daño y el principio precautorio, pues se consideró que el riesgo (su existencia) es posible; el razonamiento fue que la obligación de prevenir obliga a adoptar medidas precautorias. Sintéticamente, para ser preventivos hay que adoptar medidas precautorias. Todos sabemos que los riesgos climáticos son riesgos probables, y no que estos son posibles. Lo interesante es que el tribunal admitió por qué el Estado debe tomar un nuevo rumbo, aun pensando que es solo un riesgo posible. Así, decide y ordena cambiar la política climática.

Aquí hay que diferenciar con cuidado: una cosa es acreditar la causalidad, que en el caso de Argentina se rige bajo las reglas de la causalidad adecuada entre la omisión del Estado y las consecuencias para demandar la reparación de los daños, que es muy complejo de acreditar, incluso empleando ideas más laxas, como de "causalidad preponderante" o "causalidad social", como se exige en los casos de daños masivos; y otra bien distinta es acreditar que existe un nexo causal entre la omisión y el aumento del riesgo, que es lo que hay que probar cuando se demanda la prevención del daño (art. 1711, Cód. Civ. y Com.), v.gr., la adopción de medidas de adaptación **(99)**.

La prevención del daño exige la prueba del riesgo, es decir, de la probabilidad expresada en un porcentaje de que una o varias *amenazas* presentes impacten negativamente, en un arco temporal determinado, en un territorio o población que sufre las consecuencias de acuerdo con condiciones de vulnerabilidad de base —condiciones socioeconómicas— que las aumentan o disminuyen.

¿Cómo se prueba la probabilidad? Normalmente se emplean tres tipos de prueba combinadas: a) las estadísticas; b) el cálculo actuarial, y c) los estudios epidemiológicos.

El impacto de la noción de riesgo sobre la causalidad es enorme, pues "induce a una multiplicación, y en consecuencia a una dispersión de

(96) Es lo que ocurrió también en el caso de "Saul Luciano Llyuya", impulsado por la ONG GermanWatch. Ver más adelante punto VII.

(97) ROCHFELD, Judith, "Justice pour le climat", ob. cit., ps. 105 y ss.

(98) ROCHFELD, Judith, "Justice pour le climat", ob. cit., ps. 110 y ss.

(99) Uno de los casos en los cuales se demandaron medidas de adaptación y fueron admitidas (la sentencia mandó al gobierno a adoptar un plan de acciones de adaptación supervisado por un panel *ad hoc* de expertos y con un mecanismo de informes al tribunal) es el caso de Pakistán.

los vínculos causales" **(100)**. En efecto, el riesgo implica "considerar que no hay más una causa simple, necesaria o suficiente, sino una multiplicidad de causas probables, de 'factores de riesgo'" **(101)**.

Esta situación nos aleja definitivamente de la causalidad adecuada, que, como se sabe, otorga un margen de maniobra importante al tribunal para establecer la existencia o no de una relación causal **(102)**.

V.7. Las obligaciones climáticas

Es universal la idea de que no hay deber de reparar o de prevenir si no hay una obligación de actuar o un deber de no dañar.

Hay, desde mi perspectiva, dos planos de análisis.

El primero es si existe una obligación o deber a nivel internacional. Concretamente, si del Acuerdo de París deriva una obligación de seguridad o de actuar por parte de los Estados.

Se sabe que los Estados tienen que hacer las contribuciones determinadas a nivel nacional que les exige el Acuerdo de París. El problema jurídico es si esas obligaciones internacionales constituyen obligaciones exigibles jurídicamente. La cuestión de determinar que el Estado tiene la obligación de establecer las políticas climáticas se debe analizar junto con que el Estado, previamente, tenga la obligación de preservar el clima. Como expliqué más arriba, desde mi perspectiva, el Acuerdo de París obliga a los Estados a adoptar una política y acciones internas consecuentes con las contribuciones que comunicó. Ello surge claramente del art. 4º, parág. 2º, del Acuerdo, que dice: "Las partes procurarán adoptar medidas de mitigación internas, con el fin de alcanzar los objetivos de esas contribuciones". Como expliqué, es una obligación de medios reforzada, pues si bien el resultado no integra el objeto de la obligación, el hacer debe cumplirse realizando una operación balizada técnicamente [art. 774, inc. b), Cód. Civ. y Com. argentino].

Una buena parte de la litigación climática contemporánea está dirigida a obtener este resultado, en algunos casos con éxito y en muchos no. En esta línea, en el caso de Colombia se afirmó que tiene la obligación de cumplir con las metas para evitar la deforestación que asumió internacionalmente en el marco del Acuerdo de París. Algo similar ocurre con los "niveles de ambición", que también se vinculan directamente con esta obligación internacional; es lo que ocurrió en el caso de "Ashgar Leghari" y en "Urgenda".

Sin embargo, no es suficiente movilizar una sola argumentación para determinar la existencia de esta obligación internacional exigible por los ciudadanos a los Estados, que es lo que ocurrió en "Leghari" y "Urgenda". De ahí que sea necesario también el trabajo argumental en un segundo nivel o plano, en el que se movilizan derechos existentes en el plano nacional para explicar que esta obligación climática existe. Es aquí donde los caminos se bifurcan y la configuración final de la obligación climática toma el lenguaje y el tono del derecho nacional en el que se enclava la acción judicial.

Así, por ejemplo, en el caso de "Urgenda" se dijo que la obligación de "cuidado" de preservar el clima deriva del art. 21 de la Constitución de Holanda, es decir, del deber de velar por la "habitabilidad del país", más los compromisos internacionales de Holanda. En el caso "Juliana", se deriva el deber de preservar el clima de la *public trust doctrine*, de la cual emana el deber de transmitir a las generaciones futuras el bien.

Siguiendo la línea de un trabajo de taxonomía de las obligaciones que surgen en la litigación ambiental que ha hecho Christel Cournil, se diferencian cuatro tipos de obligaciones derivadas; pienso que podrían clasificarse en:

a) La obligación del Estado de proteger: (a.1) a los ciudadanos; (a.2) a las generaciones futuras; (a.3) a grupos sociales hipervulnerables.

(100) PERETTI-WATEL, Patrick, "La société du risque", *La Découverte, París, 2010, p. 19.*

(101) PERETTI-WATEL, Patrick, "La société du risque", ob. cit., p. 16.

(102) GOLDENBERG, Isidoro, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 28, citando a Peirano Facio.

b) (b.1) La obligación del Estado de garantizar el derecho fundamental a un clima estable como parte del derecho a un ambiente sano; (b.2) la obligación de preservar los recursos naturales o el ambiente; (b.3) la obligación de respetar la naturaleza; (b.4) la obligación de garantizar el *public trust*.

c) La obligación estatal de cuidado (*duty of care*): (c.1) deber de diligencia; (c.2) obligación de prevención.

Las obligaciones de protección —señaladas en a)— son obligaciones donde, a mi modo de ver, juegan los derechos constitucionales de cada Estado a la vida, la salud, etc., y los derechos humanos equivalentes. Las obligaciones indicadas en b) derivan del derecho fundamental al ambiente o de los derechos fundamentales de la naturaleza o de la *public trust doctrine*, es decir, de las normas constitucionales que de una manera u otra tutelan la naturaleza. Por último, las obligaciones indicadas en c) derivan de la idea de una "obligación estatal de cuidado" de sus ciudadanos, que toma diversas formas jurídicas en los diferentes derechos nacionales.

Un eventual planteo en Argentina no escaparía a estas variaciones necesarias.

Como expliqué más arriba, los Estados parte en el Acuerdo de París tienen no solo la obligación de presentar las contribuciones, sino de hacerlo cíclicamente cada cinco años y adoptar medidas *in crescendo* en cada ciclo, aumentando el nivel de ambición, de comunicarlas de manera transparente y comprensible y de adoptar en el espacio nacional las medidas para realizar las contribuciones.

Un primer razonamiento que puede hacerse en Argentina es sobre la existencia de esta obligación de hacer emanada del Acuerdo de París. En realidad, se trata de un entretejido de haceres; cada uno constituye en sí mismo operaciones técnicas, pero es sobre todo esta última obligación de adoptar en el espacio nacional las medidas para realizar las contribuciones la que puede ser exigida por los nacionales. En Argentina, la calificación de este último hacer como un hacer consistente en una operación técnica [art. 774, inc. b), Cód. Civ. y Com.] es de gran relevancia, pues se trata de una obligación de medios reforzada, que consiste en una obra (arts. 1251 y 1251, Cód. Civ. y Com.) que genera una responsabilidad objetiva (art. 1765). Este razonamiento tiene impacto para explicar por qué puede funcionar una pretensión de prevención que exige acreditar la existencia de un deber de prevenir el agravamiento del daño generado por el incumplimiento de la obligación de hacer (art. 1709, Cód. Civ. y Com.).

El segundo razonamiento técnico que puede servir para declinar la existencia de la obligación de proteger el clima estable es partir del derecho a un ambiente sano y equilibrado como derecho fundamental, que incluye el deber del Estado de garantizar un clima estable (art. 41, CN argentina). Por otro lado, "las autoridades" deben preservar el "patrimonio natural" para transmitirlo a las generaciones futuras (art. 41, CN argentina), lo que también incluye el clima.

Un tercer razonamiento permite derivar la existencia de una obligación de proteger a los grupos sociales especialmente vulnerables, pues presentan una vulnerabilidad agravada. La existencia de estos grupos está reconocida en el Acuerdo de París, pero, además, puede construirse la categoría con ayuda de los derechos humanos.

Un cuarto razonamiento, vinculado a la tradición argentina en materia de responsabilidad del Estado por omisión, es que para que el Estado responda tiene que existir un "deber de seguridad específico", no bastando el deber de seguridad genérico de cuidar a sus ciudadanos **(103)**.

(103) "En materia de responsabilidad del Estado por omisión, esta Corte ha distinguido los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio en los términos del antiguo art. 1112 del Cód. Civil, de aquellos otros casos en los que el Estado incurre en alguna inacción cuando está obligado a cumplir una serie de objetivos que son fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado, en todo caso, como propósitos a lograr en la medida de lo posible. En este último supuesto, es decir cuando se alega el incumplimiento de mandatos jurídicos indeterminados, la jurisprudencia ha sido sumamente restrictiva en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado (ver por ejemplo: causas 'Mosca' —Fallos 330:563—; 'P. de P. E. P.' —Fallos 333:2426— y 'Carballo de Pochat' —Fallos 336:1642—)". CS, 06/11/2018, "Albo, Modesta del Valle y otros c. Gi-

Finalmente, un quinto razonamiento es que el art. 1710 explica cuáles son los deberes que fundan la obligación de prevención, entre los cuales está el deber de adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud [inc. b)], y que estos deberes le caben al Estado que incurre en omisión si no adopta las medidas razonables, en este caso, para mitigar los impactos negativos del cambio climático.

VI. Lecciones de la litigación climática para Argentina

Lo realmente relevante de estos casos, en nuestro contexto, es que se apoyan en las ideas siguientes:

a) *El clima estable es un microbien ambiental.* Se trata de la existencia de una obligación del Estado Nacional de preservar el clima, como parte de la obligación de preservar el ambiente; con lo cual, empleando los términos de la dogmática argentina, están identificando al clima como un "microbien ambiental".

b) *Existe una obligación de preservar el clima.* La existencia de esa obligación de preservar el clima se deriva de la obligación constitucional de proteger el ambiente; en Argentina, la referencia a "las autoridades" del art. 41 de la CN no deja dudas — es más, incluye a los Estados subnacionales y a las ciudades que también están obligadas, bien que en su medida y conforme a sus competencias—, y no del derecho de los ciudadanos a exigir los compromisos internacionales del Estado Nacional, que sí tiene un valor para analizar qué y cómo hay que hacer para mitigar y adaptarse al cambio climático.

c) *Esta obligación es intergeneracional.* Es decir, debe cumplirse en favor de las generaciones futuras, que son las acreedoras, junto a la generación presente (art. 41, CN, y art. 4º, ley 25.675); traducido al espacio nacional, es similar a decir que hay un deber de evitar el daño (intergeneracional) y de hacer lo necesario para disminuir su magnitud (mitigarlo); "preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional", conforme al art. 41 de la CN, como dijo la Corte Suprema en el caso "Atuel".

d) *Las generaciones tienen derecho a un clima estable.* Por consiguiente, las generaciones futuras tienen un "derecho al clima", a heredarlo.

e) *Es necesario probar el incumplimiento de la obligación de preservación del clima*. En el contexto argentino, la prueba de la culpa no es necesaria en las acciones de prevención del daño, pues el Código Civil y Comercial expresamente señala que no debe acreditarse un factor de atribución (art. 1711, Cód. Civ. y Com.); sí debe probarse la "irregularidad" cuando se trata de una acción de responsabilidad del Estado por omisión. Sin embargo, al mismo tiempo, parte del razonamiento que en estos casos se emplea para determinar la existencia de culpa podría emplearse en Argentina para explicar la existencia de una actuación que *a priori* es antijurídica, que sí es una exigencia de la prevención (art. 1711) o la "irregularidad" o la *faute de service*.

f) *La vía preferente de tutela es el amparo colectivo*. En particular, en el caso colombiano se reclama en función de un derecho colectivo al ambiente, y de derechos individuales —al agua, la alimentación, la vida—, lo que generó la problemática sobre la procedencia de la acción de tutela; en definitiva, el tribunal hizo lugar, pues conforme a su jurisprudencia anterior en el caso estaban violados derechos individuales conexos a los derechos colectivos. Por ello procede; si no, si se trata de tutelar los derechos colectivos, es necesario que se entable una acción popular. En Argentina, el caso tiene resonancias similares a las del caso "Mendoza", en el cual se demandó sobre la base de un derecho colectivo —por el

ménez Viajes SRL y otros s/ daños y perjuicios". "En este sentido, el servicio de seguridad no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y mucho menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado, y que no registra antecedentes en el derecho comparado. Por lo demás, sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no solo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende el actor, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables". CS, 06/03/2007, "Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", AR/JUR/102/2007.

daño a la cuenca— y derechos individuales —la salud de los habitantes de la cuenca—; es decir, el daño ambiental directo y el daño ambiental indirecto. Nuestra problemática al respecto es, como se sabe, diferente del caso colombiano; para tutelar los derechos individuales homogéneos existe un mecanismo de *class action* de base jurisprudencial surgido a partir de la hermenéutica del art. 43 de la CN, cuyo objeto debería ser la reparación del daño; para demandar la tutela de los "bienes colectivos" que fundan los derechos de incidencia colectiva y los daños que pudieran sufrir o su prevención existen el amparo colectivo y los mecanismos de la ley 25.675. La pretensión de prevención del daño (arts. 1709 y ss., Cód. Civ. y Com.) a los derechos individuales homogéneos, en tanto subtipo de derechos de incidencia colectiva, puede tramitar por cualquier vía procesal de tutela inhibitoria.

g) *El rol del control de constitucionalidad*. En Argentina, un rol sumamente relevante en materia ambiental viene jugando el control de constitucionalidad. Existe una tradición de control de constitucionalidad muy desarrollada, que incluye la omisión regulatoria que puede plantearse a través de la acción de amparo o la mera acción declarativa de inconstitucionalidad.

h) *La legitimación activa*. En los casos, algunos de los cuales son acciones de clase montadas en países que tienen una larga tradición en el tema y una legislación específica, haber obtenido la "certificación" de la clase en el proceso previo destinado a este fin es todo un éxito. En Argentina, el contexto es bastante diferente; por un lado, la acción de prevención del daño del Código Civil y Comercial es sumamente generosa —en la línea del art. 43 de la CN— respecto del otorgamiento de legitimación activa: "Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño" (art. 1712, Cód. Civ. y Com.). Por otro lado, en el campo de las acciones de clase, que, como se sabe, no cuentan con un régimen a nivel nacional **(104)** aún, hay que atenerse a la doctrina de la Corte Suprema en el caso "Halabi" y otros, y a la norma de base, que es el art. 43 de la CN; en este sentido, no hay razones para avizorar aquí un límite especial o una dificultad particular para obtener el reconocimiento de la legitimación de organizaciones no gubernamentales o de los "afectados". Sin embargo, conviene decir también que, particularmente en el caso de las organizaciones no gubernamentales, la Corte Suprema ha puesto el acento últimamente en un aspecto que me parece fundamental: el deber de mantener la adecuada representación de la clase durante todo el proceso, además del hecho de que el objeto de la acción esté comprendido en sus estatutos, con lo cual podría darse un debate como el que se explicó en el caso belga.

i) *La relevancia de los derechos humanos*. La conexidad entre derechos humanos y derechos ambientales que se observa en los casos es particularmente relevante en Argentina, a la luz de la tradición existente en la materia. Argentina ha ratificado prácticamente todos los instrumentos que rigen en materia de derechos humanos; nuestros tribunales también suelen tener una tendencia de pensar que el derecho al ambiente es un derecho humano de tercera generación, por lo que el hecho de que exista un caso ambiental y su relación con los derechos humanos hacen plantearlo ante los tribunales sin inconvenientes.

j) *Las acciones de prevención del daño.* Hemos analizado la dificultad de las acciones por reparación de daños en este contexto del cambio climático, y he remarcado la potencialidad del camino que marcan las acciones de prevención del daño. En este contexto, la regulación del Código Civil y Comercial de la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1709 y ss.) constituye una fortaleza para futuras acciones que tengan por objeto, por ejemplo, el financiamiento de medidas de mitigación, en el caso no solo del Estado, sino de las empresas.

VII. Sobre globalizaciones y estrategias

VII.1. La traducción de los modelos

Algunas reflexiones sobre la estrategia respecto de los países más vulnerables a las consecuencias negativas del cambio climático pueden hacerse con la intención de mejorar los resultados en términos de lograr una justicia climática de dimensión verdaderamente global.

(104) Que establezca algo así como un proceso de certificación.

Un primer desafío de una litigación climática que pretenda no inscribirse en el proceso de globalización hegemónica del campo legal requiere que exista una adaptación, adecuación y traducción de los modelos globales de litigación climática al contexto del derecho local.

Para ello, un esfuerzo técnico para traducir los modelos es muy relevante; esta labor consiste en efectuar un análisis previo de la filigrana fina de la doctrina judicial preexistente.

Aun hecho esto, el problema sigue siendo el efecto final posible de esta estrategia como parte de una estrategia global.

VII.2. Imaginar estrategias alternativas

Imaginar otras estrategias alternativas es necesario, pues, visto el problema desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo, que no han sido grandes contribuyentes al calentamiento global, la estrategia debería incluir como línea de trabajo reforzar la idea de la existencia de responsabilidades diferenciadas y el logro de una redistribución de los costos de los impactos negativos.

Es necesario, aun aceptando el contexto de haber suscripto y ratificado el Acuerdo, que incluye una atenuación del Principio 7 de la Declaración de Río de 1992, tal como lo concibió el Protocolo de Kioto.

Es que, en efecto, plantear en cada Estado Nacional el incumplimiento de sus compromisos, impulsado centralmente por las organizaciones no gubernamentales, podría conllevar el resultado paradojal de que *bottom up* se coloque mayor presión sobre los Estados en desarrollo, que podrían estar más abiertos a aceptar estas acciones, mientras que los Estados desarrollados, que más han contribuido a generar el calentamiento global y que más reticentes se muestran a hacer efectivas sus contribuciones nacionales, no serían condenados por sus tribunales, y menos dispuestos a aceptar los planteos ambientales.

En una palabra: hay que considerar el eventual efecto de localización que el éxito de una litigación climática global como la que se propone puede producir.

Por ello es necesario plantearse un interrogante previo: ¿es posible una estrategia alternativa?; ¿pueden las coaliciones globales por el clima imaginar una estrategia de litigación alternativa, deferente con la justicia climática global y el principio de las obligaciones comunes pero diferenciadas?

Entonces, los actores existentes en los espacios nacionales de los Estados en vías de desarrollo, que no son ni han sido grandes contribuidores a generar el calentamiento global **(105)**, deberían analizar este punto antes de lanzarse a dar continuidad a la estrategia globalizadora propuesta.

El primer compromiso de los actores situados en los países en vías de desarrollo, que no son ni han sido grandes contribuidores a generar el calentamiento global, debería ser, por un lado, con el "principio de las obligaciones comunes pero diferenciadas", que, por otro lado, ha sido una reivindicación histórica de los países en desarrollo; y, por otro, con la dimensión global de la "justicia climática".

Recuerdo aquí que el Preámbulo del Acuerdo de París menciona el concepto de "justicia climática", que reconoce como una de sus dimensiones la dimensión global; admitir la dimensión global de una justicia climática significa aceptar que, dado que el clima estable es un bien común global, lo que ocurre, se hace o se deja de hacer en una parte del globo tiene impactos en poblaciones muy distanciadas. La lucha de los pequeños Estados insulares en el plano internacional **(106)** es un claro ejemplo de cómo los impactos negativos del cambio climático se distribuyen de manera desigual.

Una alternativa —tan osada como las que suelen verse en la litigación climática— podría imaginarse: ¿Por qué no decidir demandar a los Estados y empresas que más contribuyen al cambio climático o son más renuentes a cumplir sus contribuciones o las empresas globales en nombre de las generaciones futuras de los

(105) Por tanto, excluimos a India y China, entre otros.

(106) BRACQ, Natacha, "Changement climatique et droits des États. L'exemple de Tuvalu", *Les Savoirs Inédits*, Francia, 2012; SOZZO, Gonzalo, "Petits États insulaires", en *Dictionnaire des transitions écologiques*, Ed. Institut Universitaire de Varenne, Francia, 2018.

Estados más perjudicados y frente a los jueces de los Estados en los cuales se sitúan las consecuencias perjudiciales más notables y tangibles? Y más aún: ¿Por qué no analizar en este mismo orden cuáles son los derechos nacionales y tribunales *a priori* más permeables a estos planteos, e iniciar allí las acciones?Esto no implica exigir los daños más allá de la adaptación, es decir, los daños que resultaron inevitables para los países que los sufren (art. 14, AP), sino la prevención de los riesgos que sufren los seres humanos y los ecosistemas por la falta de una política de los Estados que más contribuyen o contribuyeron al cambio climático.

Conllevaría cambiar el enfoque: no ya que los ciudadanos demanden a "sus" Estados por no cumplir las contribuciones asumidas en el plano internacional, sino que las víctimas demanden a quienes aumentan los riesgos, y por tanto es necesario despachar medidas preventivas [*vid*. este mismo estudio, punto V.4.b)].

En realidad, como se analizó, la primera posición es la que tiene menos tradición en el derecho moderno; los gobiernos asumen o no asumen compromisos en el marco de su discrecionalidad política, y difícilmente, salvo que exista una omisión negligente respecto de un compromiso asumido, la disconformidad con la política climática de un gobierno pueda ser justiciable. En cambio, son principios universales el principio de no dañar y de prevención de los riesgos.

El punto de partida para analizar esta estrategia es que, siendo el Acuerdo de París un tratado de derecho internacional público, las obligaciones tienen como sujetos activos y pasivos a los Estados o la comunidad internacional.

Sin embargo, excepcionalmente, si un Estado no cumple obligaciones que adquirió en el marco del derecho internacional y que tienen un correlato en el espacio nacional —como ocurre con el Acuerdo de París—, un ciudadano suyo puede reclamarle el cumplimiento.

De modo que no caben dudas acerca de que ciudadanos argentinos podrían demandar al Estado argentino, obviamente siempre que se admita también que el Acuerdo de París crea obligaciones exigibles.

La pregunta es si un grupo de ciudadanos argentinos, representando a las generaciones futuras, puede demandar a un Estado extranjero.

La primera hipótesis sería demandarlo en los tribunales de su territorio. En el caso del *affaire du siècle* iniciado en Francia, los ciudadanos de Kenia que demandan entran en esta hipótesis, o en el caso "Urgenda", cuando la ONG dice representar a las generaciones futuras "extranjeras".

La segunda hipótesis sería si es posible demandarlo en los tribunales del país de las víctimas que sufren el aumento del riesgo.

En el derecho internacional privado argentino, por ejemplo, demandar ante los jueces argentinos daños generados en otras geografías pero que manifiestan los impactos negativos en Argentina es perfectamente posible (art. 2656, Cód. Civ. y Com.) **(107)**.

Sin embargo, si el demandado por daños es un Estado extranjero se podría plantear el problema de la inmunidad de jurisdicción, pero no se aplicaría si los efectos riesgosos o perjudiciales se dieran en Argentina.

Para ello tendría que tener un derecho hacia el Estado extranjero. Entonces, la pregunta es: ¿cuál es el derecho de un grupo de ciudadanos argentinos contra un Estado extranjero en virtud del Acuerdo de París?

El Acuerdo de París reconoce en su Preámbulo el principio de equidad intergeneracional **(108)**, que, como se sabe, es un principio del

(107) La norma es una norma de conflicto de "responsabilidad civil por daños", pero se ubica en un Código que asigna a la responsabilidad civil por daños dos funciones: la de reparación y la de prevención (art. 1709); por tanto, se aplica también a los casos de prevención del daño, y, como los casos de prevención del daño no están incluidos en la ley 26.944, que solo rige las acciones de responsabilidad por la reparación de daños contra el Estado Nacional, esta norma de conflicto se aplica también a los casos de prevención contra el Estado.

(108) Preámbulo: "Reconociendo que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad

derecho internacional ambiental, con lo cual reconoce que los "efectos negativos" perjudican a las "generaciones futuras"; pero, más aún, la CMNUCC, en su art. 3º, parág. 1º, establece: "Las partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos".

De modo que lo que hay es una responsabilidad grupal, es decir, un conjunto de responsables, y lo son porque su acción es colectiva y la perjudicada es toda la humanidad, presente y futura.

Asumir que existen consecuencias negativas del calentamiento climático y el compromiso de actuar para evitarlo implica reconocer un derecho a que se evite el agravamiento del riesgo.

Con lo cual, ante el incumplimiento del deber de evitar el agravamiento, el "perjudicado" por la inacción de un Estado que es un gran emisor de gases no son solo "sus ciudadanos" —y no lo son en cuanto tales, sino como miembros de la "generación presente"—, sino las "generaciones futuras" que sufren el aumento del riesgo, que son los sujetos protegidos por la equidad intergeneracional. Esto es así porque el clima es un bien global y los efectos negativos del cambio climático se producen en geografías distintas de las que emiten los gases. Hay un nuevo sujeto de derechos: las generaciones futuras, que están integradas por la generación presente —los ciudadanos del mundo— y las generaciones que aún no nacieron.

Y si existe un deber colectivo de los Estados de cuidar a las generaciones presentes y futuras en razón del Acuerdo de París, entonces es posible que un colectivo de ciudadanos de cualquier país perjudicado, por sí y representando a las "generaciones futuras" (que no son ni argentinas, ni paraguayas, ni francesas), demande el cumplimiento de las obligaciones de hacer para evitar el aumento de los riesgos **(109)**.

En fin, en virtud del Acuerdo de París, el *duty of care* se traduce en un deber de evitar la profundización del riesgo hacia las generaciones futuras.

La propuesta también es consistente desde la perspectiva del derecho privado interno —que se aplicaría según el Código Civil y Comercial argentino—: si alguien que tiene el deber de evitar, disminuir o no agravar el riesgo no lo hace, puede ser demandado para exigirle que evite que los efectos se profundicen o agraven en el futuro, adoptando medidas para ello (arts. 1710-1711, Cód. Civ. y Com.).

Si los Estados tienen un *duty of care* en este tema no es solo respecto de sus ciudadanos, sino de las generaciones futuras, que no tienen un límite geográfico, porque no hay generaciones futuras de Argentina, de Brasil o de India, sino del mundo. La idea misma de generaciones futuras es intrínsecamente global y no admite fraccionamientos. Por otro lado, fragmentarla implicaría violar el principio de equidad e igualdad (art. 2º, parág. 2º, AP).

Una alternativa menos compleja y tal vez con mejor pronóstico sería demandar al Estado gran emisor ante sus tribunales por los efectos negativos en el país y en el extranjero. Es lo que ocurre en algunos casos de los analizados, en los cuales entre los legitimados activos se suman ciudadanos de Estados extranjeros que sufren las consecuencias negativas.

Es lo que intentó la ONG Urgenda al demandar al Estado holandés en favor no solo de las generaciones presentes holandesas, sino también de las "extranjeras", y es lo que intenta el *affaire du siècle* al incorporar entre los litigantes a una familia de Kenia que sufre las consecuencias del cambio climático en un litigio contra el

y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional".

(109) Se podría decir que las generaciones futuras no tienen representante en el marco del derecho internacional; sin embargo, la representación procesal depende de las normas de derecho interno del país en el que se entabla la demanda. En este sentido, lo importante será verificar si en el derecho procesal interno un grupo o una ONG puede interponer una acción representando a las generaciones futuras.

gobierno francés. En el campo de la demanda climática contra las empresas, es el caso de Saul Luciano Llyuya, que la ONG GermanWatch ha llevado adelante contra la empresa RWE ante los tribunales alemanes y que aún hoy se encuentra en trámite en segunda instancia **(110)**, sosteniendo una aplicación inédita de la idea de "inmisiones inmateriales" **(111)**.

Las dos alternativas tienen la virtud de intentar deconstruir el proceso de globalización, en el sentido de localizar en los países en vías de desarrollo las consecuencias negativas del cambio climático.

La demanda contra las empresas no es en razón del incumplimiento del Acuerdo de París del cual no son partes, por lo que aquí está fuera de discusión si el Acuerdo genera obligaciones exigibles o no, sino porque sus emisiones han ocasionado consecuencias negativas sobre algunas poblaciones o ecosistemas.

Como señalé, en Argentina, en razón del art. 2656 del Cód. Civ. y Com., si el daño o riesgo que generan tiene efectos en el territorio de Argentina, se las puede demandar ante los jueces argentinos y aplicando el derecho privado interno.

Hay una razón de fondo fundamental para cambiar la estrategia desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo que no son ni han sido grandes contribuidores al calentamiento global: se debe demandar la prevención o la reparación a quien ha contribuido causalmente y en la medida de su aporte causal, no solo porque así lo indica el derecho moderno de manera universal, sino porque es justo.

El Acuerdo de París revisó flexibilizando la idea del principio de "obligaciones comunes pero diferenciadas" (art. 2º, parág. 2º, AP), pero ello no cambia el hecho del fundamento último del principio sobre el cual subyace la idea anterior: la obligación es la misma, pero la responsabilidad no, porque la contribución causal no lo fue.

Otra vertiente de alternativa no excluyente y complementaria de la anterior, específicamente para algunos países de América del Sur, como Argentina, Brasil, Colombia, Bolivia y Ecuador, que por diferentes vías muestran un proceso de reconocimiento del valor intrínseco de los procesos esenciales de los ecosistemas o de la naturaleza o Madre Tierra, podría consistir en introducir el elemento de la defensa de los bienes colectivos naturales en sí mismos, en virtud de que los impactos negativos del cambio climático son sobre los seres humanos, pero también sobre los ecosistemas o la naturaleza o la Madre Tierra, según sea la cosmovisión constitucional **(112)**.

Este tipo de planteo es el que asoma en el caso "Amazonas", y constituye una veta muy importante que estos países, por diferentes razones, están en inmejorable condición para promover.

Futurología: Todo hace pensar que la litigación climática va a continuar *in crescendo* en la medida en que el sistema internacional de regulación del clima sea este. Son decisivas, por ello, la estrategia y la dirección que se tomen. Como en todos estos temas, los países que históricamente y actualmente menos contribuyen al calentamiento global deben ser tratados diferenciadamente. Si los ciclos de contribuciones se cumplen como está previsto y los "balances mundiales" se realizan como está previsto, si las trayectorias continúan como hasta ahora, es de esperar que la cuestión de los niveles de ambición, que luego del último informe del GIEC ya tomó un tono diferente, se transforme —ya lo es— en un punto más que crítico, y allí la litigación climática nacional y tal vez la internacional vean aumentado exponencialmente su rol.

(110) La causa puede seguirse en *https://germanwatch.org/es/14843*. En el caso, la ciudad de Huaraz, que se encuentra al pie del lago Palcacocha, que forma el glaciar, está sometida al riesgo de que un desmoronamiento del hielo del glaciar provoque una ola que la sumerja; para evitar este riesgo sería necesario hacer descender el nivel del agua del lago a través de un sistema de bombeo. FRANK, Will — BALS, Christoph — GRIMM, Julia, "The Case of Huaraz: First Climate Lawsuit on Loss and Damage Against an Energy Company Before German Courts", en MECHLER, R. *et al. (eds.), Loss and Damage from Climate Change, Climate Risk Management, Policy and Governance, https://doi.org/10.1007/978-3-319-72026-5_20, p. 476.*

(111) ROCHFELD, Judith, "Justice pour le climat", ob. cit. ps. 122-124.

(112) En el caso del *affaire du siècle se demanda el préjudice écologique,* es decir, el daño ambiental *per se,* no por sus consecuencias perjudiciales sobre las personas. En Argentina, el problema se resuelve mediante la idea de "daño a los derechos de incidencia colectiva", establecida por el art. 1757 del Cód. Civ. y Com.

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Cómo lograr la operatividad e implementación del Acuerdo Regional de Escazú en la Argentina

Jorge A. Franza (*)

Sumario: I. Consideraciones preliminares.— II. Introducción.— III. La importancia del Estado de democracia ambiental.— IV. La importancia del Acuerdo Regional de Escazú.— V. Aspectos generales del Acuerdo.— VI. Vigencia del Acuerdo de Escazú. Algunas posturas doctrinarias.— VII. Algunos conceptos relevantes del Acuerdo de Escazú.— VIII. Los principios que incorpora el Acuerdo de Escazú.— IX. Cuestiones de competencia.— X. Aspectos sustantivos y procedimentales para lograr la operatividad y compatibilización del Acuerdo de Escazú con la normativa vigente.— XI. Procesos colectivos y la necesidad de un Código Federal.— XII. La importancia de las Acordadas de la Corte Suprema en cuanto a los procesos colectivos.— XIII. Algunos conceptos que deberían ser parte del contenido del Código Federal para Procesos Colectivos.— XIV. La eficiencia y eficacia ambiental en el Acuerdo de Escazú.— XV. Reflexiones.

I. Consideraciones preliminares

El objetivo del presente trabajo es acercar algunas ideas respecto de cómo se podría cristalizar la operatividad e implementación del recientemente ratificado Acuerdo Regional de Escazú, dentro del marco jurídico de nuestro país.

Para ello, luego de esbozar algunos conceptos, planteo ciertas cuestiones y sus posibles alternativas de solución, que ojalá sean de utilidad para el lector para así lograr tener una mejor comprensión de la trascendencia del Acuerdo y, a su vez, una visión práctica de aquel.

II. Introducción

Como lo ha dicho en reiteradas oportunidades el Dr. Néstor Cafferatta, distinguido jurista y precursor del nuevo paradigma ambiental en la Argentina, junto con el Dr. Ricardo Lorenzetti: "...el derecho ambiental es un derecho interdisciplinario, que pone en jaque todas las disciplinas del derecho, tanto del sustantivo, como el derecho procesal..." **(1)**.

Comparto con ellos que la alternativa de solución para los graves problemas actuales en materia ambiental es tener una visión integradora y transversal de aquellos, y el Acuerdo de Escazú es una demostración más de cómo debemos adecuarnos a una visión global y ecosistémica, que nos obliga a abandonar las estructuras

(*) Abogado especializado en Derecho de los Recursos Naturales (UBA). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Máster en Sociología del Este de Europa (UNLZ, en convenio con la Academia de Ciencias de la República Checa - Instituto de Sociología). Máster en Derecho Ambiental (Universidad del País Vasco - Departamento de Derecho Constitucional y Administrativo). Profesor consulto, mandato cumplido (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA). Profesor titular de Derecho Constitucional (Facultad de Ciencias Económicas, UNLZ). Profesor titular de Derechos de Recursos Naturales (Facultad de Derecho, UCES).

(1) CAFFERATTA, Néstor, "Nuevos instrumentos de la tutela ambiental", RDAmb, nro. 60, octubre-diciembre 2019.

jurídicas a las que estamos acostumbrados y a actualizarnos permanentemente, en aras de la efectividad de los nuevos instrumentos con los que contamos.

III. La importancia del Estado de democracia ambiental

La democracia ambiental tiene lugar cuando las decisiones políticas en cuanto a la gestión del ambiente se encuentran adecuada y equitativamente armonizadas con los intereses de los ciudadanos.

La sustancia de la democracia ambiental son los denominados derechos de acceso en asuntos ambientales: acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia. Estos tres derechos son interdependientes entre sí y están intrínsecamente vinculados al derecho humano a un medio ambiente sano.

El ejercicio pleno de los derechos de acceso a la información, la participación en la toma de decisiones y la remediación efectiva produce políticas ambientales más transparentes y mejor informadas, lo que contribuye a un medio ambiente más sano, que, a su vez, permite a las personas disfrutar de derechos humanos sustantivos como la vida, la alimentación y la salud **(2)**.

Los principios que rigen la democracia ambiental establecen estándares procedimentales. Es decir, indican la forma en la que se debe proceder al momento de tomar decisiones con implicancias ambientales. Se trata de que los Estados garanticen procesos participativos e informados tanto en la formulación como en el seguimiento y evaluación de políticas públicas en materia ambiental. Se trata también de garantizar a la ciudadanía medios legales y condiciones seguras para ejercer la auditoría social sobre estas políticas. Los mencionados derechos y los mecanismos y garantías ideados para que los ciudadanos puedan ejercerlos son canales que viabilizan la capacidad de influencia de diversos actores y grupos sociales. Los instrumentos y marcos regulatorios que los países han adoptado en favor del acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental han institucionalizado un marco para que actores no tradicionales —como los movimientos ambientalistas, asambleas ciudadanas, diversas organizaciones de la sociedad civil, el pueblo en general— puedan influir en los procesos de toma de decisiones sobre la gestión del ambiente **(3)**.

En América Latina y el Caribe, desde la irrupción del principio de la democracia ambiental en 1992, la promulgación de normativa nacional vinculada a gestión y protección general del ambiente, acceso a la información pública y participación ciudadana puede considerarse una verdadera tendencia regional —más allá de las particularidades, las fortalezas y debilidades de la legislación en cada país—. Es en este contexto de proliferación de marcos regulatorios que los países latinoamericanos y caribeños se propusieron la creación de un régimen regional para la protección de los derechos de acceso en asuntos ambientales, cuyo establecimiento se concretó con la firma del Acuerdo de Escazú en marzo de 2018, que en la actualidad cuenta ya con 12 Estados que lo han ratificado, con lo que se encuentra cumplida la condición para que pueda entrar en vigor.

Recordemos que se llegó a esta instancia gracias a la ratificación de la Argentina (ley 27.566, del 19/10/2020) y de México (aprobado por unanimidad el 05/11/2020). Recientemente también se sumó Santa Lucía.

IV. La importancia del Acuerdo Regional de Escazú (4)

El Acuerdo de Escazú tiene como objetivo garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de

(2) TOGNOLI, Joaquín A., "Desafíos de la democracia ambiental en el marco de la firma 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" (Acuerdo de Escazú).

(3) Ob. cit.

(4) PEÑA CHACÓN, Mario, "ABC del Acuerdo de Escazú", publicado en *Academia.edu.*

cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medioambiente sano y al desarrollo sostenible.

El Acuerdo representa el compromiso de América Latina y el Caribe con un desarrollo más igualitario, más justo y más sostenible.

Por tratarse de un instrumento internacional de derechos humanos y ambiente, el Acuerdo de Escazú otorga derechos a las personas y establece obligaciones y responsabilidades a los Estados, considerando la realidad de América Latina y el Caribe, su multiculturalidad, así como a todas aquellas personas o grupos en situación de vulnerabilidad, incluyendo pueblos indígenas y grupos étnicos.

Si bien el Acuerdo de Escazú es un Tratado regional entre Estados, es también un pacto de cada Estado con sus ciudadanos. Se trata entonces de un acuerdo ciudadano, hecho por y para las personas de nuestra región.

Recoge nuestras prioridades regionales, reconoce y desarrolla derechos democráticos fundamentales y coloca la igualdad en el centro de desarrollo, buscando incorporar a todos los sectores de la sociedad para afrontar desafíos ambientales de tal magnitud como el cambio climático, los desastres naturales, la desertificación o la pérdida de biodiversidad.

V. Aspectos generales del Acuerdo

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) es el primer acuerdo regional vinculante sobre derechos humanos y medio ambiente, y representa el mayor avance del multilateralismo y la democracia ambiental regional de las últimas décadas.

En el Acuerdo se abordan aspectos fundamentales de la gestión y la protección ambientales desde una perspectiva regional y se regulan los derechos de acceso a la información, la participación pública y la justicia en ámbitos tan importantes 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.

También se incluye la primera disposición vinculante del mundo sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, en una región en la que, lamentablemente, se enfrentan con demasiada frecuencia a agresiones e intimidaciones.

Desde un enfoque basado en los derechos, se reconocen principios democráticos fundamentales y se procura abordar uno de los desafíos más importantes de la región: el flagelo de la desigualdad y una cultura del privilegio profundamente arraigada **(5)**.

Plasma el compromiso de incluir a aquellos que tradicionalmente han sido excluidos o marginados o han estado insuficientemente representados, y de dar voz a quienes no la tienen, sin dejar a nadie atrás.

Es innegable la importancia que reviste este Acuerdo Regional que, de la mano con la Agenda 2030 de las Naciones Unidas y la Opinión Consultiva 23-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce la interrelación e interdependencia existente en la tríada de derechos humanos ambientales de acceso, así como su preponderante rol para efectivizar los derechos ambientales sustantivos, contribuyendo con ello al fortalecimiento de la democracia, el desarrollo sostenible y los derechos humanos en la región.

La efectiva implementación del Acuerdo requerirá de su correcta interpretación, aplicación e integración, a través de una serie de principios de derechos humanos y ambientales que permitan alcanzar el nivel más alto de protección y el pleno goce y respeto de los derechos humanos ambientales de acceso **(6)**.

En la base de Escazú está el reconocimiento del círculo virtuoso existente entre los derechos

(5) VICTORIA, María Adriana, "Sistematización del Acuerdo de Escazú", *Revista de Derechos Humanos y Humanitario, nro. 3,* 03/04/2019.

(6) PEÑA CHACÓN, Mario, "El Acuerdo de Escazú y la consagración de los principios de progresividad y no regresión", publicado en *Academia.edu.*

de acceso, la protección del medio ambiente y los derechos humanos.

Su objetivo es garantizar la implementación plena y efectiva de los derechos de acceso, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación. De ese modo, contribuye 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.

Para ello consagra principios tales como la igualdad y no discriminación, transparencia y rendición de cuentas, no regresión y progresividad, buena fe y el principio pro persona, reforzando que estamos en presencia de un instrumento ambiental y de derechos humanos.

Como lo afirma el Dr. Néstor Cafferatta: "el derecho ambiental es un derecho que tiene como anclaje de determinación los bienes y valores colectivos (Lorenzetti), como tal es un derecho principista, valorista, con una marcada dimensión axiológica, pero fundamentalmente, 'transparente' (principio que recoge y enuncia el art. 3º de Escazú)..." **(7)**.

En línea con este marco, se establece que nada de lo contemplado en el 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 pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y a la justicia en asuntos ambientales" (art. 4.7).

Se colige entonces que se trata de un instrumento de "piso", en virtud del cual los países siempre podrán avanzar respecto de los derechos de acceso, pero jamás retroceder.

Asimismo, desde un enfoque de derechos, utilizando verbos como "garantizar" y "asegurar", el Acuerdo desarrolla el acceso a la información, participación y justicia.

Estos, además, son reconocidos como interrelacionados e interdependientes, y se enfatiza que contribuyen a la democracia, al desarrollo sostenible y a los derechos humanos. Recogiendo el enfoque original de colaboración, se destinan cláusulas especiales para el fortalecimiento de capacidades y la cooperación.

VI. Vigencia del Acuerdo de Escazú. Algunas posturas doctrinarias

VI.1. Postura dualista

Si bien ya suman 12 los Estados que han ratificado/adherido al Acuerdo, al no haberse depositado aún los instrumentos respectivos ante la ONU por parte de los Estados que lo ratificaron, y al no haber transcurrido los 90 días desde tal acto, el Acuerdo de Escazú aún no habría entrado en vigencia y, por ende, no es aplicable **(8)**.

Recordemos que los últimos Estados que ratificaron el Acuerdo de Escazú fueron Argentina, mediante la ley 27.566 del 19/10/2020; México, el 05/11/2020 —así se llegó a los 11 Estados necesarios como base para que el Acuerdo de Escazú entre en vigor—; y, más recientemente, Santa Lucía.

Esta postura es llamada "dualismo". Para esta corriente doctrinaria, hasta tanto no tenga lugar esta "incorporación", la norma internacional, sea proveniente de un Tratado o del derecho consuetudinario, no tendrá vigencia en el orden interno, pese a tenerla en el ámbito internacional. En esta metodología, no surge el problema del conflicto normativo entre una norma interna y otra internacional, ya que cada cual tiene su ámbito de señorío: la norma internacional solo obliga en el ámbito externo, y la norma estatal solo en el ámbito interno.

VI.2. Postura monista

El monismo en el derecho argentino fue inicialmente introducido a partir de 1992 por varios fallos de la Corte Suprema, y posteriormente con la reforma constitucional de 1994. Pero lo interesante de este proceso es la reiterada y constante jurisprudencia de la Corte Suprema que generó la posterior reforma constitucional de 1994.

(7) CAFFERATTA, Néstor, "Acceso a la justicia ambiental", LA LEY del 09/11/2020.

(8) El Acuerdo de Escazú entrará en vigencia a partir del 22 de abril de este año, porque se llegó al número de ratificaciones necesarias para su puesta en vigor.

Luego de su tradicional posición dualista y de equiparar los tratados internacionales a una ley de la Nación, en el año 1992, la Corte Suprema, en la causa "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros s/ recurso de queja" (Fallos 315:1492, del 07/06/1992) estableció que un Tratado, ratificado por el Estado argentino, era aplicable en el derecho interno, aun cuando no existiera una norma que reglamentare los derechos por este otorgados. La Corte Suprema determinó que el Pacto de San José de Costa Rica era plenamente operativo.

Vemos, pues, que la Corte Suprema adopta la clásica posición monista, al considerar que, por el hecho de estar obligado el Estado argentino por un Tratado, este ya forma parte del orden estatal.

Esta postura fue reiterada en posteriores fallos: "Café La Virginia SA s/ apelación" (10/10/1994, Fallos 317:1282); "Servini de Cubría M. c. Arte Televisivo Arg. SA" y "Borensztein, Mauricio" (JA 1992-IV-10); "Fibraca Constructora SCA c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/ recurso de hecho" (ED 154-161); "Serra, Fernando Horacio y otro c. MCBA s/ recurso de hecho" (causa S.182.XXIV, del 26/10/1993); "Hagelin Ragnar c. PEN s/ juicio de conocimiento" (causa H.19.XXXV, del 22/12/1993), entre otros.

Sin embargo, a tal punto la jurisprudencia de la Corte Suprema adoptó el monismo normativo, que hoy día este tribunal no se limita a aplicar los tratados ratificados por el Estado argentino, sino también el derecho consuetudinario internacional (vale decir, normas internacionales no escritas caracterizadas por ser vagas e imprecisas), y con grado de prelación por sobre las normas nacionales e incluso constitucionales, cuando se trata de derechos humanos **(9)**.

Ello se encuentra reflejado en la causa "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros", donde expresó: "30) Que las cláusulas de los tratados modernos gozan de la presunción de su operatividad, por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa; (...) 38) Que, en tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el art. 62, inc. 2º, en función del art. 210 del Cód. Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la 'Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad' (leyes 24.584 y 25.778)" **(10)**.

No debemos olvidar que el primer efecto de adoptar un sistema monista es considerar que la norma internacional ya integra el orden jurídico interno desde el momento de su vigencia internacional.

Los precedentes citados de la Corte Suprema constituyeron un caso de generación normativa constitucional, por cuanto estos fallos provocaron la constitucionalización de la jurisprudencia cuando se llevó a cabo la reforma de 1994. Es así que, con esta reforma, el Estado argentino adopta finalmente un sistema monista con un orden jerárquico determinado y en función de la categoría de los tratados de que se trate.

De acuerdo con esta posición "monista", más allá de la cuestión del depósito de los instrumentos ante la ONU por parte de los Estados que lo han ratificado/adherido, ello no es óbice para que el Acuerdo de Escazú sea plenamente aplicable en el derecho interno, atento a que fue ratificado por el Congreso Nacional de la Argentina.

Desde mi punto de vista, el instrumento bajo análisis ya es derecho positivo y, en consecuencia, se tornaría exigible realizar los cambios normativos que se exponen en el apartado siguiente.

VI.3. Postura a la que adhiero

La tercera postura entiende que, si bien no es derecho positivo porque se requiere —conforme al art. 22 del citado Acuerdo— que al menos 11 de los Estados que lo han ratificado y/o adherido depositen dichos instrumentos ante el

(9) Véase *https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas-virtual/article/view/1157/1401*.

(10) Véase *https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas-virtual/article/view/1157/1401*.

organismo internacional pertinente, y luego de los 90 días entraría en vigencia, de todos modos operaría como *soft law*, lo que implica que los principios y los aspectos más importantes del Acuerdo podrían interpretarse por vía jurisprudencial.

En mi opinión, entiendo que la postura acertada sería la monista, que entiende que desde la ratificación por el Congreso Nacional el Acuerdo de Escazú es derecho positivo.

De todos modos, considero que la última palabra la tendrá la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando analice una acción en la cual se aplique el Acuerdo de Escazú y el Tribunal Cimero dicte sentencia determinando que es derecho positivo.

VII. Algunos conceptos relevantes del Acuerdo de Escazú

Como lo mencioné anteriormente, este Acuerdo Regional, superador y ambicioso, contiene ciertas definiciones, entre las que podemos resaltar las siguientes:

a) por "derechos de acceso" se entiende el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales;

b) por "autoridad competente" se entiende, para la aplicación de las disposiciones contenidas en los arts. 5º y 6º del presente Acuerdo, toda institución pública que ejerce los poderes, la autoridad y las funciones en materia de acceso a la información, incluyendo a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del Estado o controlados por él, que actúen por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes, y, cuando corresponda, a las organizaciones privadas, en la medida en que reciban fondos o beneficios públicos directa o indirectamente o que desempeñen funciones y servicios públicos, pero exclusivamente en lo referido a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados;

c) por "información ambiental" se entiende cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato, relativa al medio ambiente y sus elementos y a los recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectar el medio ambiente y la salud, así como la relacionada con la protección y la gestión ambientales;

d) por "público" se entiende una o varias personas físicas o jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas, que son nacionales o que están sujetos a la jurisdicción nacional del Estado parte;

e) por "personas o grupos en situación de vulnerabilidad" se entiende aquellas personas o grupos que encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso reconocidos en el presente Acuerdo, por las circunstancias o condiciones que se entiendan en el contexto nacional de cada parte y de conformidad con sus obligaciones internacionales.

El *acceso a la información* se aborda desde su vertiente de transparencia tanto pasiva como activa y bajo el principio de máxima publicidad. Los países contarán con uno o más sistemas de información ambiental actualizados (art. 6.3), un Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes (art. 6.4) y alentarán evaluaciones independientes de desempeño ambiental (art. 6.8); herramientas que a la fecha son excepcionales en América Latina y el Caribe.

Asimismo, se deberá garantizar, en caso de amenaza inminente a la salud pública o al medio ambiente, que la autoridad divulgue en forma inmediata y efectiva toda la información relevante (art. 6.5). Los países también tendrán uno o más mecanismos de revisión independientes para promover la transparencia, fiscalizar, vigilar y garantizar este derecho de acceso (art. 5.18).

Además, destaca como función del Estado el promover reportes de sostenibilidad de empresas y asegurar que los consumidores y usuarios cuenten con información oficial, pertinente y clara sobre las cualidades ambientales de bienes y servicios (arts. 6.10 y 6.13).

Por su parte, se establece que la *participación pública* tendrá lugar en los procesos de toma de decisiones ambientales y sus revisiones de manera abierta e inclusiva. El involucramiento de actores será en proyectos, pero también en políticas, planes, programas, normas y reglamentos, lo que no es usual en la región. El Acuerdo establece estándares mínimos relativos a información, plazos, medios, consideración de los aportes, fundamentación y publicidad de las decisiones.

En particular, se atisba que esta regulación pormenorizada implicará una proactividad de los Estados, quienes, de modo ejemplar, deberán adoptar medidas para asegurar la participación en etapas iniciales (art. 9.4), establecer condiciones propicias para que la participación se adecúe a las características del público (art. 9.10) y realizar esfuerzos por identificar al público directamente afectado por proyectos y actividades (art. 9.16).

El *acceso a la justicia* releva las garantías del debido proceso, precisando las particularidades del procedimiento ambiental. Cabe resaltar que el acceso es ante órganos judiciales y administrativos, y también por afectación al medio ambiente (art. 8.2).

Cada parte contará, entre otros supuestos, con órganos con conocimientos especializados; con legitimación activa amplia de conformidad a la legislación nacional y con medidas cautelares, provisionales, de facilitación de la prueba, así como mecanismos de ejecución y de cumplimiento como de reparación (art. 8.3). También, apuntando a evitar una innecesaria judicialización, se promoverán mecanismos alternativos de solución de controversias, tales como la mediación y la conciliación (art. 8.7) **(11)**.

La aplicación efectiva de todas estas disposiciones requiere del conocimiento de los servidores públicos, pero, además, del titular de derechos. Por ello, los arts. 10 y 11 ejemplifican medidas tales como programas de sensibilización, talleres, intercambios de expertos y plataformas multisectoriales.

A mayor abundamiento, en coherencia con las disposiciones sobre no discriminación e igualdad, este Acuerdo contiene numerosos artículos de tutela de los grupos de personas en situación de vulnerabilidad, así como el apoyo y reconocimiento a quienes promueven la protección del medio ambiente.

En específico, Escazú contempla la protección de los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales, estableciendo que se garantizará un entorno seguro y propicio; se tomarán medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover sus derechos, y se tomarán medidas oportunas y efectivas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas e intimidaciones (art. 9º). Al respecto, estudios dan cuenta que en esta región se concentra más del 60% de los ataques a activistas ambientales. El art. 9º por sí mismo justifica entonces el Tratado de Escazú, que fuera acordado, por lo demás, en el aniversario del natalicio de la activista ambiental y líder indígena lenca Berta Cáceres.

VIII. Los principios que incorpora el Acuerdo de Escazú

Siguiendo el pensamiento del Dr. Néstor Cafferatta, 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. 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 **(12)**.

Resulta importante destacar que los principios que *infra* se mencionan deberán articularse e incorporarse en forma positiva al plexo normativo de la Argentina.

Si bien la ley 25.675 de Presupuestos Mínimos (Ley General del Ambiente) establece va-

(11) Véase *https://farn.org.ar/iafonline2019/articulos/4-1-claves-del-acuerdo-de-escazu/*.

(12) CAFFERATTA, Néstor, "Introducción al derecho ambiental", publicado en *Academia.edu*, diciembre 2004.

rios principios en su art. 4º, el Acuerdo Regional de Escazú los enfatiza e incorpora los siguientes:

a) *Principio de igualdad y no discriminación:* la definición de este principio contenida en el Documento Preliminar del Instrumento Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, del 31/03/2015, decía lo siguiente: "Las partes deberían garantizar que toda persona pueda ejercer sus derechos de acceso sin ningún tipo de discriminación por estatus social, género, edad, nacionalidad, raza, religión, idioma, discapacidad, opinión política u otra condición" **(13)**.

b) *Principio de transparencia y principio de rendición de cuentas:* las obligaciones de transparencia y rendición de cuentas se encuentran contenidas en una serie de instrumentos internacionales; entre ellos, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 5º), la Declaración Río+20 (párrs. 10 y 75) y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas —Agenda 2030— (Objetivo 16). Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-23-17, del 15/11/2017, sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos, en su párr. 213, fue contundente en señalar que el actuar del Estado debe regirse por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. De esta forma, el acceso a la información de interés público, bajo el control del Estado, permite la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con este acceso y, a la vez, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Para la Corte Interamericana, de acuerdo con el párr. 223 de la citada Opinión Consultiva, la obligación de transparencia activa frente a actividades que podrían afectar otros derechos abarca el deber de los Estados de publicar de manera oficiosa la información pertinente y necesaria sobre el medio ambiente, a efectos de garantizar los derechos humanos bajo la Convención Americana de Derechos Humanos, tales como información sobre la calidad ambiental, el impacto ambiental en la salud y los factores que lo influencian, además de información sobre la legislación y las políticas y asesoramiento sobre cómo obtener esa información. Además, la Corte Interamericana advierte que esta obligación de transparencia activa cobra particular importancia en casos de emergencias ambientales, que requieren la difusión inmediata y sin demora de la información relevante y necesaria para cumplir con el deber de prevención **(14)**.

c) *Principio de no regresión y de progresividad:* el principio de no regresión es relativamente nuevo en el ámbito del derecho ambiental, si bien en los sistemas que protegen los derechos humanos y el derecho laboral se entiende bien la idea de no permitir retrocesos, sobre la cual se sustenta el principio. La noción de que una vez que un derecho humano ha sido reconocido 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.

El Acuerdo de Escazú es el primer instrumento internacional vinculante sobre derechos humanos y medio ambiente en incluir, de forma expresa y taxativa, los principios de progresividad y no regresión ambiental, coronando con ello los esfuerzos realizados antes y durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de 2012 (Cumbre Río+20) para lograr su pleno reconocimiento en materia ambiental **(15)**.

(13) PEÑA CHACÓN, Mario, "El Acuerdo de Escazú y la consagración...", ob. cit.

(14) PEÑA CHACÓN, Mario, "El Acuerdo de Escazú y la consagración...", ob. cit.

(15) PEÑA CHACÓN, Mario, "El Acuerdo de Escazú y la consagración...", ob. cit.

A raíz del principio de progresividad del derecho ambiental, los Estados deben proceder a adoptar, lo más expedita y eficazmente posible, y comprometiendo hasta el máximo de recursos de los que dispongan, medidas de carácter legislativo, administrativo y judicial que tengan como finalidad el incremento gradual, constante, sostenido y sistemático del alcance y amplitud del nivel de protección ambiental, buscando alcanzar su plena efectividad en justo equilibrio con la protección y promoción del resto de los derechos humanos.

La regla general es que el derecho ambiental, salvo contadas excepciones, solo podría ser modificado *in mellius*, y nunca *in pejus*, ya que, en esta materia, el camino es hacia adelante, nunca hacia atrás.

En virtud del principio de progresividad, los Estados asumen la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección y efectividad de los derechos ambientales, lo cual requiere de múltiples acciones estatales de carácter positivo para su protección y pleno goce por parte de todos sus titulares.

La aplicación efectiva del principio de progresividad ambiental implica una serie de obligaciones estatales, dentro de las que se encuentran adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales aprobadas idealmente tras un proceso que permita una participación pública informada y considere las normas nacionales e internacionales; comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles; asegurar el disfrute de los derechos ambientales sin ningún tipo de discriminación; garantizar, incluso en situaciones de crisis, el contenido esencial de los derechos ambientales; vigilar la situación de los derechos ambientales y contar con información detallada al respecto; no adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivo, y cerciorarse de que las medidas adoptadas sean cumplidas **(16)**.

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 **(17)**.

El principio de no regresión ambiental dispone 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.

La principal obligación para los Estados que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder al *statu 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 las cuales compartimos el planeta.

Mientras que el principio de no regresión reconoce un nivel mínimo de protección ambiental que debe respetarse **(18)**, el de progresividad busca el avance sistemático de la normativa ambiental. Por ello, este principio no se opone a la idea de evolución clásica, ni a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente e inevitable), a raíz de que no existe derecho alguno que sea inmutable o eterno. El derecho siempre debe evolucionar por medio de procesos de modificación y derogación legislati-

(16) Ob. cit.

(17) BERROS, María Valeria, "Construyendo el principio de no regresión en el derecho argentino", JA 2011-IV, fasc. 13, Buenos Aires.

(18) Ob. cit.

vos, reglamentarios e incluso jurisprudenciales, tal y como lo ordena el principio de progresividad **(19)**.

d) *Principio de buena fe:* el principio de buena fe del derecho internacional ambiental se encuentra íntimamente ligado al de cooperación e implica que los Estados tienen la obligación de contribuir a la conservación, la protección y el restablecimiento de la integridad del ecosistema de la Tierra, lo que conlleva la obligación de cooperar de buena fe y en un espíritu de asociación mundial con miras al cumplimiento de este objetivo. Al efecto, de conformidad con la Opinión Consultiva 23-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente. En relación con el Acuerdo de Escazú, el principio supone para los Estados parte una obligación de implementación sostenida, recurrida y efectiva de sus obligaciones, de la forma en que mejor garantice el pleno goce y respeto de los derechos de acceso.

e) *Principio de máxima publicidad:* el principio de máxima publicidad o de máxima divulgación garantiza el ejercicio del derecho humano al acceso a la información pública y fue objeto de desarrollo por parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia "Claude de Reyes vs. Chile" y, más recientemente, en la Opinión Consultiva OC-23-17: "224. (...) En consecuencia, aplica un principio de máxima divulgación con una presunción de que toda información es accesible, está sujeta a un sistema restringido de excepciones, por lo que resulta necesario que la carga de la prueba para justificar cualquier negativa de acceso a la información recaiga en el órgano al cual la información fue solicitada. En caso de que proceda a la negativa de entrega, el Estado deberá dar una respuesta fundamentada que permita conocer cuáles son los motivos y normas en que se basa para no entregar la información. La falta de respuesta del Estado constituye una decisión arbitraria" **(20)**.

f) *Principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales:* conlleva la obligación de los Estados de ejercer su soberanía sobre los recursos naturales de una manera que garantice que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen considerablemente el medio ambiente más allá de sus fronteras territoriales.

g) *Principio de igualdad soberana de los Estados:* el principio de igualdad soberana de los Estados, propio del derecho internacional público, tiene por objeto garantizar a los Estados iguales derechos y obligaciones.

h) *Principio pro persona:* sobre este principio, el párr. 42 de la Opinión Consultiva 23-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone lo siguiente: "42. Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su art. 29, entre las que alberga el principio pro persona, que implican que ninguna disposición de dicho Tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". Esta obligación se ve reflejada en el art. 4.8 del Acuerdo de Escazú, el cual dispone que "en la implementación del presente Acuerdo, cada parte avanzará en la adopción de la interpretación más favorable al pleno goce y respeto de los derechos de acceso".

IX. Cuestiones de competencia

Una de las características más salientes de la legislación ambiental actual es que no se trata de una legislación sectorial o limitada en su aplicación a ciertos ámbitos concretos.

Hoy el derecho ambiental alcanza por igual a bienes públicos o privados, así como a actividades estatales o de particulares. Desde la cantidad de gases que emanan de nuestros automóviles hasta el tratamiento de los residuos domiciliarios, pasando por la utilización de las

(19) PEÑA CHACÓN, Mario, "El Acuerdo de Escazú y la consagración...", ob. cit.

(20) PEÑA CHACÓN, Mario, "El Acuerdo de Escazú y la consagración...", ob. cit.

cuencas hidrográficas con fines productivos, buena parte de nuestras actividades puede estar alcanzada por normas ambientales **(21)**.

Esta multiplicidad, heterogeneidad y dispersión de la normativa ambiental da lugar, a menudo, a conflictos de competencia, en lo que hace tanto a la regulación de la materia como a las autoridades que deben resolver los conflictos.

Si bien muchas veces la propia legislación establece su ámbito material y territorial de aplicación, en una primera etapa del análisis, la atribución de competencias regulatorias y judiciales tiene una necesaria dimensión constitucional. Ello es particularmente así en el marco del Estado Federal adoptado por nuestra Ley Fundamental.

En cuanto a las competencias municipales en materia ambiental, si bien los municipios y su autonomía cuentan con jerarquía constitucional, y disfrutan de cierta autonomía institucional, política, económica y financiera, el grado de intensidad de esa autonomía está determinado por los preceptos de las Constituciones provinciales y sus normas reglamentarias, siendo atribución de los poderes constituyentes provinciales y de la legislación local establecer las facultades de los municipios.

La cuestión ambiental y sus procedimientos deben analizarse en forma distinta de los clásicos Códigos adversariales, como sería el Código Civil y Comercial de la Nación.

Junto con la incorporación del art. 41, el constituyente de 1994, como último párrafo del art. 124, dispuso que "corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio". Ambas disposiciones han sido consideradas, con justeza, las llaves maestras a la hora de establecer el deslinde de competencias entre la Nación y las provincias **(22)**.

El segundo párrafo del art. 41 de la CN se cuida de aclarar que, si bien corresponde a la Nación el dictado de las normas de presupuestos mínimos ambientales, ellas no deben alterar las jurisdicciones locales.

De modo coincidente, el art. 7º de la ley 25.675 establece que "la aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal".

En sentido similar, la primera parte del art. 32 de la misma ley dispone: "La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia".

Según lo sostiene la Corte Suprema, las disposiciones constitucionales y legales citadas encuentran su razón de ser en que el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce la autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio (CS, Fallos 331:1312).

Si la cuestión es local, deben las provincias dictar los Códigos o normas de procedimiento; y si la cuestión es interjurisdiccional, ahí la Nación debería dictar una norma federal.

El procedimiento es local, salvo que la cuestión sea interjurisdiccional; en tal caso, correspondería que la norma federal sea aplicada por los jueces federales con asiento en las provincias donde se generó el conflicto.

Si es entre dos provincias, correspondería la competencia originaria de la Corte Suprema, como paso en el fallo "Mendoza".

X. Aspectos sustantivos y procedimentales para lograr la operatividad y compatibilización del Acuerdo de Escazú con la normativa vigente

X.1. Normas de procedimiento

Una de las cuestiones fundamentales que plantea el Acuerdo y su vinculación con la nor-

(21) LAPLACETTE, Carlos J., "La competencia territorial en materia ambiental", publicado en *Supl. Const. 2014 (octubre), 02/10/2014.*

(22) LAPLACETTE, Carlos J., "La competencia territorial en materia ambiental", ob. cit.

mativa del país es cómo lograr su operatividad y efectividad. Es decir, cómo armonizar el procedimiento en materia ambiental conforme a las nuevas pautas que exige el Tratado internacional bajo análisis.

Una de las cuestiones esenciales que plantea el Acuerdo de Escazú, en especial en el art. 8º, inc. 3º, es establecer la necesidad de adoptar procesos rápidos, ejecutivos, transparentes, la posibilidad de inversión de la carga de la prueba; es decir, es la necesidad de dictar Códigos de Procedimientos.

Parte de la doctrina sostiene que, con base en lo anterior, se debería modificar la Ley de Presupuestos Mínimos —ley 25.675—.

Pero en realidad, en mi opinión, como es una cuestión de forma, no podría de ninguna manera estar regulada en una Ley de Presupuestos Mínimos, ya que es una ley sustantiva o de fondo.

De acuerdo con una armoniosa interpretación de los términos del art. 41 y del art. 121 de la CN, el dictado de las normas de procedimiento no fue delegado por las provincias al Estado Nacional, quien solo puede dictar normas de "presupuestos mínimos", que en esencia son de carácter sustantivo o de fondo.

X.2. Derechos de incidencia colectiva

Tanto en la República Argentina, en la República Federativa de Brasil como en el resto de los países del continente americano, se verifica una saludable tendencia a incluir el instituto de las "acciones de clase" en los ordenamientos constitucionales y en distintas leyes en particular.

Los *tribunales*, por su parte, asisten al crecimiento de casos de acciones de clase merced a esta incorporación gradual y a la familiarización de los litigantes y los profesionales con las posibilidades que aporta el nuevo concepto **(23)**.

La incorporación de los derechos de incidencia colectiva en el plexo normativo argentino ha generado —al menos— un replanteo de la forma en la que concebimos al ordenamiento jurídico en general. Resulta que se trata de una gama de derechos que no se titularizan con exclusividad, desde que no son pasibles de propiedad, en el sentido en el que la palabra "propiedad" ha sido receptada por el constitucionalismo clásico, sino que pertenecen, de forma inherente, a una colectividad.

Es decir, cuando se afecta a uno de estos derechos "difusos", se afecta de forma inmediata a la sociedad en general, mas no a personas individualizables con exclusividad. De allí que exista un gran interés en procurar la prevención de los daños colectivos, que, a su vez, otorga facultades extraordinarias a la judicatura e involucra la creación de procesos que concentran una pluralidad de focos de intereses que trascienden el clásico marco bilateral del proceso civil comúnmente estudiado.

Es lógico extraer de lo dicho que estos derechos colectivos son instrumentales, de forma inmediata, a la efectiva operatividad de derechos humanos de tercera generación (derechos ambientales, de autodeterminación, del consumidor, etc.). Se insertan en la lógica de que *los derechos humanos están allí para ser efectivizados, y no para ser meras declaraciones solemnes de voluntad* **(24)**.

X.3. Conceptualización de los derechos de incidencia colectiva, su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Se ha sostenido que "los derechos de incidencia colectiva son aquellos que garantizan a la humanidad una vida digna y sustentable a futuro; de allí su importancia estratégica y la preocupación de las legislaciones modernas por su regulación.

(23) DÍAZ SOLIMINE, Omar L. (dir.), "Acciones de clase en Argentina y Brasil. Génesis, dinámica y efectos", *Proyectos DeCyT 2010-2012*, código DCT1013, Facultad de Derecho, UBA.

(24) Decía Bobbio: "No se trata de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados", en BOBBIO, Norberto, "El tiempo de los derechos", Ed. Sistema, Madrid, 1991, p. 64.

"Sin ellos se tornaría cada vez más difícil el ejercicio de los derechos individuales y esta circunstancia justifica la anteposición de aquellos sobre estos" **(25)**.

Ahora, si bien es cierto que se han receptado constitucionalmente estos derechos colectivos, y que provocaron una ruptura en el modo en que concebimos al ordenamiento jurídico argentino —principalmente en cuanto a la legitimación clásica y su tríada de *situaciones jurídicas subjetivas—,* lo cierto es que no fue sino hasta ciertos *leading cases* (entre ellos, "Halabi" y "Mendoza") resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sanción de la ley 26.994 —Código Civil y Comercial de la Nación— que empiezan a delinearse con mayor pronunciamiento y vigor, y su estudio se hace imprescindible para entender, finalmente, que los viejos conceptos iusprivatistas, de raigambre codificatoria decimonónica, no son aplicables en la totalidad del derecho.

X.4. Clasificación de los derechos según la jurisprudencia de la Corte Suprema

En los derechos individuales, el interés es individual **(26)** y, en caso de que se afecte, la legitimación para garantizar su respeto es igualmente individual, aunque, en rigor, ello se debe también a un tema no susceptible de ser ventilado aquí, relativo a las denominadas clásicas "situaciones jurídicas subjetivas".

A su vez, cada interés es susceptible de titularización individual y, consecuentemente, es identificable y fraccionable. Su avasallamiento permite al titular accionar de forma individual e incorporarse en un proceso de tipo *bilateral* (proceso clásico) y obtener una sentencia de efectos *relativos* —o una norma de carácter individual desde una postura kelseniana— entre las partes procesales.

En materia de legitimación, el carácter individual es el principio, y no se ve distorsionado por la coexistencia de la multiplicidad de sujetos en el polo activo y/o pasivo de la pretensión, siempre que no se configuren los supuestos del proceso colectivo acerca de los cuales más adelante versaremos.

En el caso de los *derechos de incidencia colectiva,* se subdividen en derechos de incidencia colectiva relativos a *intereses individuales homogéneos,* por un lado, y derechos de incidencia colectiva relativos a bienes colectivos, por el otro. Esta clasificación, sin embargo, corresponde a aquella que fuera delineada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (con mayor énfasis a partir del citado fallo "Halabi") y —posteriormente— receptada por el digesto civilista.

En rigor, el Código Civil y Comercial recepta dos categorías, como ya se mencionó: derechos individuales y derechos colectivos.

Doctrinariamente, y por el entendimiento jurisprudencial que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se han dividido estos últimos (es decir, los colectivos) en aquellos relativos a *bienes colectivos y aquellos relativos a intereses individuales homogéneos.*

Los *derechos de incidencia colectiva relativos a bienes colectivos* se caracterizan por recaer sobre bienes no susceptibles de fraccionamiento o de apropiación, ya que pertenecen a la esfera *social* y, por lo tanto, no procede la identificación mediante la titularización individual del derecho, sino su atribución al conjunto poblacional susceptible de ser satisfecho o perjudicado por el respeto o la transgresión a dicho derecho **(27)**. Estos son instrumentales para la satisfacción de diferentes derechos humanos,

(25) Conf. comentario de PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., en MEDINA, Graciela — RIVERA, Julio C. (dirs.) — ESPER, Mariano (coord.), "Código Civil y Comercial comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 575.

(26) Conf. LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) — DE LORENZO, Miguel F. — LORENZETTI, Pablo (coords.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 73.

(27) Es imperativo resaltar que "...estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso este sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno", conf. CS, 24/02/2009, "Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.783 - dec. 1563/2004 s/ amparo ley 16.986", consid. 11, Fallos 332:111.

como puede ser el respeto a la diversidad cultural, a la salud, al medio ambiente, etc., y es por ello que se les otorga una legitimación anómala o extraordinaria, a los efectos de proveer una mayor protección.

Parece atinado sostener que cuando se habla de "bien" colectivo no se utiliza la palabra "bien" en su acepción mercantilista, es decir, no es un bien susceptible de apreciación pecuniaria que sea objeto de comercio, sino que el término "bien" se refiere al sentido axiológico de la palabra. Es decir, es "bien" porque es aquello que la sociedad decide tutelar por el ordenamiento jurídico, ya sea como principio o como una regla jurídica*, porque es "beneficioso"* para el derecho humano, es "aprovechable" de forma positiva para el goce de estos.

Los *derechos de incidencia colectiva relativos a intereses individuales homogéneos,* por su parte, son aquellos que, si bien son susceptibles de fraccionamiento y titularidad individual, son revestidos de una legitimación de carácter extraordinaria y efectivizados mediante un proceso de carácter colectivo, desde que les subyace una afectación de carácter común, sumada a razones de economía y eficiencia en la judicatura, así como también (en Argentina) de garantizar la tutela judicial efectiva (mediante la posibilidad del acceso a la justicia).

Empero, este tipo de derechos de incidencia colectiva, al igual que en el caso relativo a bienes colectivos, no ha tenido explícita consagración en el Código Civil y Comercial de la Nación. Sin embargo, su reconocimiento en el plexo jurídico argentino ha sido establecido de forma pretoriana a partir del precedente "Halabi".

Los derechos individuales son relativos y deben convivir y compatibilizar con los colectivos en general y con el ambiente en particular. Es ello, ni más ni menos, lo que exigen los arts. 14, 240 y 241 del Cód. Civ. y Com. **(28)**.

Corresponde, por otro lado, el análisis de los arts. 240 y 241 del Cód. Civ. y Com., en tanto también se encargan de consagrar explícitamente diferentes directrices en materia de derechos colectivos, pero explícitamente la integración del derecho ambiental en el plexo privatista.

En una valiosa lección y observación sobre sendos artículos, el Dr. Cafferatta dice que "estos artículos (240 y 241) son la columna vertebral del sistema común de derecho ambiental dispuesto por el Código Civil y Comercial, toda vez que tratan de regular, por un lado, la necesidad de implementar efectivamente las ideas, normativas y regulaciones previstas en leyes especiales de derecho ambiental de presupuestos mínimos y, por el otro, llama a todos aquellos que tengan que adoptar decisiones críticas en la cuestión —de colisión de principios— a desarrollar un delicado juicio de ponderación o razonabilidad, en función de los bienes, intereses y derechos en juego, en casos de controversias, en el ejercicio de derechos individuales y derechos de incidencia colectiva" **(29)**.

Sobre los derechos de incidencia colectiva —dentro de los cuales se encuentra el medio ambiente, en tanto bien colectivo— podemos concluir:

a) Son producto de la oleada de tercera generación, que, en el reconocimiento de la existencia de conflictos de carácter colectivo y de las nuevas relaciones socio-culturales provistas por la actividad antrópica impulsada por el fenómeno de la globalización y de la economía internacional, ha pretendido tutelar de forma extraordinaria valores inherentes a la colectividad.

b) Producto de esto último, los derechos de incidencia colectiva están íntimamente ligados con la satisfacción y tutela de derechos humanos fundamentales. Constituyen instrumentos para la efectividad de estos últimos.

c) Además, desde que son instrumentales o funcionales a los derechos humanos, tienen plena operatividad en todo el plexo normativo del ordenamiento jurídico argentino, desde que tie-

(28) CAFFERATTA, Néstor — LORENZETTI, Pablo, "Hacia la consolidación del Estado de derecho ambiental. Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación", SJA del 07/11/2018; RDAmb, nro. 56, 28/12/2018, p. 5; AP AR/DOC/3285/2018.

(29) Comentario que aporta el Dr. Néstor A. Cafferatta en el análisis de los arts. 240 y 241 del Cód. Civ. y Com., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) — DE LORENZO, Miguel F. — LORENZETTI, Pablo (coords.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", ob. cit., t. I, p. 800.

nen cabal reconocimiento a partir de la máxima norma nacional, la Constitución Nacional.

d) La expresión "derechos de incidencia colectiva" incluye tanto aquellos relativos a bienes colectivos como aquellos intereses individuales homogéneos.

e) En la letra de la ley, cada vez que se habla de derechos de incidencia colectiva (o intereses difusos) se hace hincapié en que tanto el medio ambiente como los derechos del usuario y consumidor son parte de estos.

XI. Procesos colectivos y la necesidad de un Código Federal

En lo que se refiere al campo de la tutela colectiva, las únicas regulaciones federales vigentes en la actualidad son la ley 25.675 General del Ambiente (LGA) y la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) **(30)**.

En ambos casos se trata de normativa aislada y sesgada, completamente insuficiente para establecer un mecanismo de debate adecuado que permita enfrentar con solvencia conflictos que involucran grandes grupos de personas. Lo mismo sucede a nivel local, aun cuando diversas provincias han avanzado en algunos aspectos dignos de ser tenidos en cuenta. La falta de un mecanismo procesal adecuado a nivel federal es particularmente problemática debido a dos hechos provocados por la reforma constitucional de 1994: (i) el reconocimiento constitucional de ciertos derechos subjetivos colectivos denominados "derechos de incidencia colectiva"; y (ii) el reconocimiento constitucional de la legitimación de ciertos actores sociales para promover acciones en defensa de tales derechos, con base en un modelo de tutela colectiva representativo.

Para dar una idea principal sobre qué nos enfrentamos al tratar este tema, debemos indicar que no existe ley que regule estos tipos de procesos colectivos, sino que generalmente se han tratado por medio de un mecanismo procesal constitucional que ha sido el amparo colectivo (art. 43, segundo párrafo, de la CN), que, en el caso ambiental, se traduce en el amparo ambiental.

En la órbita nacional no existe ley alguna que reglamente este tipo de amparos, por lo que sus parámetros se han ido delineando conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Entiendo que *el amparo puede ser la vía indicada para este tipo de procesos colectivos,* en especial en el caso de la temática ambiental, pero no solo por la celeridad que exige el Acuerdo de Escazú, sino porque pueden tomarse medidas precautorias y luego, dentro del mismo procedimiento, dictarse la sentencia que se ajuste a los antecedentes del conflicto y que aplique tanto los principios de la LGA como —ahora— los que nos exige el Acuerdo de Escazú.

Hasta hoy, el modelo procesal al cual han acudido estos procesos colectivos ha sido el modelo procesal constitucional del amparo; de allí que veremos que las actuaciones judiciales se originan, generalmente, a instancias de presentaciones de amparos, indistintamente, si se trata de intereses individuales homogéneos o de bienes colectivos; postura que también levanta variadas críticas y opiniones, entre las cuales nos enrolamos.

XII. La importancia de las Acordadas de la Corte Suprema en cuanto a los procesos colectivos

Uno de los primeros pasos que tomó la Corte Suprema de la Nación fue dictar la Ac. 5/2009, del 05/02/2009. Con este acto, adhirió a las Reglas de Brasilia **(31)**.

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad nacieron en la Cumbre Judicial Iberoamericana, en 2008.

(30) VERBIC, Francisco, "Un nuevo proceso para conflictos de interés público. Una lectura desde la experiencia argentina", publicado con el título "Un nuevo proceso para conflictos de interés público en la República Argentina", LA LEY del 12/11/2014.

(31) CARRERA, María Lina — ESCALANTE, Jonathan, "Las Reglas de Brasilia. Su impacto en la jurisprudencia penal", *Estudios de Jurisprudencia*, Ed. Ministerio Público de la Defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, 2017.

Las Reglas toman como premisa que no basta con el reconocimiento formal de un derecho por parte del Estado si su titular no puede acceder de forma efectiva a su tutela, y establecieron la necesidad de que el sistema judicial se configure como un instrumento para la defensa de las personas más necesitadas. Aunque el problema de la efectividad del derecho —y, especialmente, de algunos derechos, como los sociales, económicos y culturales— afecta con carácter general a todas y todos los ciudadanos, las dificultades son mayores cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad. Este diagnóstico es el motivo central que da nacimiento a las Reglas y define, por lo tanto, su objetivo primordial de actuación.

En términos generales, podríamos decir que las Reglas fueron confeccionadas con el propósito de vencer, eliminar o mitigar dichos condicionamientos en el acceso a la justicia.

Las Reglas de Brasilia no se limitan a establecer una base para reflexionar en términos generales sobre la problemática en torno al acceso a la justicia, sino que establecen recomendaciones concretas tanto para las instituciones que forman parte del sistema de justicia como así también para las personas que prestan servicios en él; de allí su importancia en la temática de los procesos colectivos y los legitimados para iniciarlos.

En este sentido, es importante recordar las Acordadas de la Corte Suprema, en especial la Ac. 32/2014, que establece el Registro de Procesos Colectivos, y también la Ac. 12/2016, que determina el procedimiento a seguir para las acciones colectivas **(32) (33)**.

La primera de ellas crea una base de datos de acceso público y gratuito desde la página web oficial de la Corte Suprema, que fue creada luego de que el tribunal enfrentara la resolución de una medida cautelar en un caso colectivo que había sido planteado en diversas regiones del país con resultados disímiles.

Es fundamental tener presente que el Reglamento del Registro aprobado por la señalada Acordada ha impuesto nuevas pautas procesales para la tramitación de procesos colectivos en la justicia nacional, puesto que su art. 3º establece la *obligación* de los jueces donde está radicado el pleito de proceder a comunicar la información necesaria "tras haber dictado la resolución que considera formalmente admisible la acción colectiva; identifica en forma precisa el colectivo involucrado en el caso; reconoce la idoneidad del representante y establece el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio".

En otras palabras, mediante esta Acordada, la Corte Suprema ha regulado (si bien de manera indirecta) una suerte de instancia de certificación de la acción colectiva, exigiendo a los tribunales de grado expedirse sobre distintos requisitos de procedencia y trámite delineados en el precedente "Halabi" y ratificados por "PADEC c. Swiss Medical", antes de considerar un proceso como un proceso colectivo. A similar conclusión puede arribarse respecto de lo establecido en el Reglamento sobre la intervención obligada del Ministerio Público de la Nación en todos estos asuntos colectivos, conforme a lo dispuesto por los arts. 25, inc. a), y 41 de su Ley Orgánica [art. 4º, inc. d), del Reglamento] **(34)**.

De esta forma, se trata de evitar la litispendencia.

(32) En los Fundamentos de la reglamentación, la CS señala: "Este procedimiento destinado a la publicidad de los procesos colectivos —que arraigan en el art. 43 de la CN— tiene por objeto, asimismo, preservar un valor eminente como la seguridad jurídica cuya jerarquía constitucional ha sido señalada por el tribunal con énfasis y reiteración (...), en la medida en que propende a asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso" (consid. 1º).

(33) Se puede consultar el texto completo de las Acordadas en *https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-32-2014-237649 y en https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-12-2016-260206.*

(34) VERBIC, Francisco, "El derecho argentino en materia de tutela colectiva de derechos y la influencia recibida del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal,* vol. 8/2018, p. 255 - 306, Jul - Dez / 2018.

Finalmente, es dable destacar que el art. 7º del Reglamento dispone una amplia accesibilidad a la información contenida en el Registro ("toda persona") y también establece el carácter gratuito de tal acceso, "por vía electrónica y mediante un procedimiento sencillo".

La norma tiene aplicación exclusivamente para las causas que tramitan ante la justicia nacional y federal (si bien se invita a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires a celebrar convenios en la materia).

Por medio de la Acordada CS 12/2016, de fecha 05/04/2016, fue aprobado un "Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos", que "tendrá vigencia hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule este tipo de procesos" (art. IV). Este acto administrativo recuerda que "este tribunal, desde el año 2009, ha manifestado la necesidad de contar con una ley que regule los procesos colectivos —consid. 12 de Fallos 322:111—, no obstante ello, hasta la fecha no ha sido dictada normativa alguna que regule esta materia. Por tal motivo, resulta indispensable fijar reglas orientadas a ordenar la tramitación de este tipo de procesos a fin de evitar circunstancias que pueden conllevar a situaciones de gravedad institucional, hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule su procedimiento" (consid. 10).

La Acordada del año 2016 también regula los requisitos del escrito de demanda, reflejando las pautas establecidas en "Halabi" y los precedentes que profundizaron su doctrina. Sobre esta cuestión, contiene pautas distintas dependiendo de que el proceso haya sido promovido en tutela de bienes colectivos o de derechos individuales homogéneos (art. II). En otro orden, regula cuestiones vinculadas con deberes y facultades de los jueces en estos procesos, competencia por prevención y conexidad, medidas cautelares, y establece una suerte de instancia de certificación, entre otras cuestiones **(35)**.

Habida cuenta de lo expuesto hasta aquí, considero que resulta necesaria la creación de un *Código de Procedimiento Federal para establecer los mecanismos que deben seguirse en cuanto a los procesos colectivos.*

Este instrumento sería de adhesión para las provincias y, en caso de no hacerlo, en virtud de las facultades que les son propias, estas deberán dictar sus propias normas adjetivas o de procedimiento.

Considero que uno de los institutos que debería contemplar el Código Federal de Procedimientos Colectivos sería la posibilidad de la llamada *class action.*

La acción de clase no es para toda la sociedad; es para un grupo, por ejemplo, para una asociación de pesca que tenga un problema ambiental con pescadores que utilizan métodos que agotan determinada especie.

Para el caso de *intereses difusos,* en la parte sustantiva regiría la Ley General del Ambiente, pero el procedimiento debería ser amplio, es decir que debe considerarse "afectado" todo aquel titular del derecho al ambiente, y representa el interés colectivo, pero no un interés individual.

No es una acción patrimonial para enriquecer a una persona, sino que es para denunciar un hecho, lograr la recomposición; de este modo, el que inicia la acción estaría representando a la sociedad, es como un fiscal.

En la República Federativa de Brasil, los intereses difusos y colectivos se tutelan con la reforma del año 1977 de la Ley de la Acción Popular. A partir del año 1985 se la denomina "acción civil pública", adquiriendo rango constitucional en 1988, para pasar al Código de Defensa del Consumidor. En el caso del vecino país, la legitimación para entablar la acción civil pública se le da al Ministerio Público, no a las ONG **(36)**.

XIII. Algunos conceptos que deberían ser parte del contenido del Código Federal para Procesos Colectivos

En este punto, creo que sería de mucha utilidad el Código laborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal con la di-

(35) VERBIC, Francisco, "El derecho argentino en materia de tutela colectiva...", ob. cit.

(36) DÍAZ SOLIMINE, Omar L. (dir.), "Acciones de clase en Argentina y Brasil. Génesis, dinámica y efectos", ob. cit.

rección de Antonio Gidi, Ada Pellegrini Grinover y Kazuo Watanabe (aprobado en su versión definitiva en octubre de 2004).

La iniciativa, conforme surge de su Exposición de Motivos, tuvo por objeto lograr "un Código que pudiese servir no solo como receptor de principios, sino también como modelo concreto para inspirar las reformas, de modo de tornar más homogénea la defensa de los intereses y derechos transindividuales en países de cultura jurídica común.

"El Código —como su propia denominación dice— debe ser tan solo un modelo, a ser adaptado a las peculiaridades locales, que serán tomadas en consideración en la actividad legislativa de cada país; pero debe ser, al mismo tiempo, un modelo plenamente operativo".

a) Principios procesales. El proceso ambiental se rige por los principios generales del proceso, en especial el de oralidad. Aplicarán la inmediatez, concentración, publicidad, itinerancia y gratuidad.

Como enseña el Dr. Cafferatta, el acento está "...en la necesidad que los procedimientos sean transparentes, y que los costos no resulten prohibitivos, tiene su razón de ser en el derecho ambiental, porque es un derecho de base participativa, democrática, colectiva, comunitaria, protectorio, que iguala desiguales (al vecino, al hombre del pueblo, con los centros de poder político y económico), basado en la paz (armonía), la buena fe, la cooperación, esencialmente ético o en una dimensión de la moral (de allí la relevancia de sancionar el 'abuso del derecho contra el ambiente', o 'eco-abuso', según la calificación de Gonzalo Sozzo, que regula el Código Civil y Comercial de Argentina (art. 14 del Cód. Civ. y Com.)..." **(37)**.

b) Papel del juez ambiental. Siempre que sea posible, los procesos ambientales serán de conocimiento de tribunales especializados en derecho ambiental **(38)**.

De oficio o a petición de parte, está facultado a realizar investigaciones, solicitar documentos, pedir aclaraciones, visitar e inspeccionar el sitio de los hechos y evacuar prueba *in situ.*

Cuando en la sentencia determine la existencia de daño ambiental, ordenará su recomposición y establecerá los mecanismos de control y fiscalización para su efectivo cumplimiento **(39)**.

c).1. Legitimación activa amplia. En el proceso ambiental están legitimados para demandar todos quienes tengan o invoquen la afección de intereses legítimos o derechos subjetivos, intereses supraindividuales, ejerzan la acción popular o cuando se vea amenazado o afectado el orden público ambiental.

Los intereses difusos podrán ser reclamados por cualquier ciudadano, organización representativa o institución pública dedicada a su defensa, en interés de la colectividad **(40)**.

Los *intereses colectivos* podrán ser reclamados por las organizaciones legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de esos intereses y los propios grupos afectados.

Tratándose de procesos para la tutela de intereses supraindividuales, la primera acción colectiva produce litispendencia respecto de las demás acciones colectivas, aun siendo diferente el legitimado activo. Una acción colectiva produce litispendencia en relación con cualquier otra pretensión individual posterior, aunque no exista identidad subjetiva.

c).2. Legitimación pasiva. La legitimación pasiva en un proceso ambiental podrá recaer sobre una persona física o jurídica, pública o privada, entre ellos:

- la Administración Pública centralizada o descentralizada autora de la conducta u omisión administrativa dañina del ambiente;

- los órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, en tanto sean autores de la conducta u omisión administrativa objeto del proceso, conjuntamente con el Estado o el ente al que se encuentren adscritos;

(37) CAFFERATTA, Néstor A., "Acceso a la justicia ambiental", ob. cit.

(38) GONZÁLEZ BALLAR, Rafael — PEÑA CHACÓN, Mario, "El proceso ambiental en Costa Rica", 1ª ed., Ed. ISOLMA, San José, 2015.

(39) Ídem.

(40) Ídem.

- las personas físicas o jurídicas que hayan derivado derechos e intereses legítimos de la conducta u omisión administrativa objeto del proceso;

- cualquier otra persona física o jurídica que haya sido llamada al proceso como responsable.

d) Comunicaciones y notificaciones en procesos de intereses supraindividuales. Tratándose de reclamos sobre intereses difusos, la admisión de la demanda se publicará en un diario de circulación nacional o mediante cualquier otro medio de comunicación que se estime idóneo.

e) Medios alternativos de solución de conflictos. En todos los casos, el juzgador deberá impulsar una actitud conciliadora, evitar el agravamiento de la contención de las partes y encontrar solución satisfactoria a sus requerimientos, sin violentar los derechos indisponibles.

f) Tutela cautelar. Ante daños ambientales de difícil o imposible reparación, el juzgador de oficio o a solicitud de parte y en cualquier estado del proceso podrá dictar medidas cautelares para asegurar y proteger los recursos naturales.

El juzgador tendrá facultades para determinar el alcance de las medidas, así como su modificación, sustitución o cese. Para imponer, otorgar o denegar alguna medida cautelar, el juez deberá considerar las reglas unívocas de la ciencia y de la técnica, los principios elementales de justicia, lógica, conveniencia, y especialmente el principio precautorio y el de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público ambiental respecto a los daños y los perjuicios provocados con la medida a las partes o terceros en sus derechos subjetivos y/o intereses legítimos **(41)**.

g) Prueba. La carga de la prueba de la ausencia de contaminación, degradación o afectaciones no permitidas corresponderá a quien se le acuse de haber ocasionado daño ambiental.

Las pruebas se apreciarán en su totalidad, respetando el resultado del contradictorio, conforme a criterios de la lógica, experiencia y ciencia que informan el correcto entendimiento humano, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa.

En este lineamiento, sería de aplicación el art. 12 del el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, en cuanto establece: "*Pruebas.* Son admisibles en juicio todos los medios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo, siempre que sean obtenidos por medios lícitos. Par. 1º. La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración" **(42)**, lo que fue receptado en el art. 8º, inc. 3.e), cuando determina que deberán establecerse las "…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" **(43)**.

h) Sentencia. En sentencia, el tribunal deberá fijar las responsabilidades del caso y ordenar la inmediata reparación integral del ambiente degradado, así como las medidas y acciones necesarias para evitar que se incremente. Entre ellas, deberá expedirse sobre los siguientes aspectos: condena por daño ambiental; condena indemnizatoria; destino y finalidad de la indemnización por daño ambiental colectivo; determinación de las medidas de restauración y compensación; control, fiscalización y vigilancia **(44)**.

Es decir que la sentencia, además de ordenar el cese de la acción u omisión, debería contemplar la recomposición del daño, que no puede ser llevado a un juicio ordinario posterior, como lo es en la actualidad.

i) Efectos. Las sentencias emitidas en procesos para la tutela de intereses o derechos supraindividuales o de incidencia colectiva despliegan los siguientes efectos:

(41) GONZÁLEZ BALLAR, Rafael — PEÑA CHACÓN, Mario, "El proceso ambiental en Costa Rica", ob. cit.

(42) La Exposición de Motivos y el texto completo se pueden consultar en *https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/12/codigo_modelo_de_procesos_colectivos_para_iberoamerica_texto-definitivo.pdf.*

(43) Se puede consultar el texto del Acuerdo en *https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu.*

(44) Ídem.

En caso de condena, debería estarse a los términos del art. 33, *in fine*, de la ley 25.675 **(45)**, en cuanto determina: "...La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes,* a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias...", y de esta forma articular lo establecido por la manda existente de presupuestos mínimos, de orden público, con lo que establece el art. 8º, incs. 3.f) y g), del Acuerdo, en cuanto: "...3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada parte, considerando sus circunstancias, contará con: f) mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación..." **(46)**.

El anterior criterio también fue receptado en el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (aprobado en Caracas el 28/10/2004) en su art. 33 **(47)**.

En procesos de intereses estrictamente colectivos, las sentencias ostentarán efectos de cosa juzgada material respecto de quienes no hayan figurado como parte, pero limitadamente al grupo, categoría o clase, salvo improcedencia por insuficiencia probatoria. Esos efectos de cosa juzgada quedan limitados al plano colectivo y no perjudicarán intereses individuales.

j) Prescripción. Son imprescriptibles las acciones precautorias, preventivas, de recomposición, compensación e indemnización del daño ambiental colectivo.

XIV. La eficiencia y eficacia ambiental en el Acuerdo de Escazú

Como lo sostiene el Prof. Dr. Michel Prieur, gran amigo y jurista, el principal *problema del derecho ambiental* no es la elaboración de las leyes, sino la *falta de efectividad*; es la implementación el principal problema de todos los países a nivel nacional e internacional. Se sabe que existen leyes ambientales, pero no se sabe cómo lograr que esas leyes se cumplan **(48)**.

El cumplimiento jurídico necesita procedimientos complejos, adecuados, con instituciones, procedimientos, control administrativo, control judicial y control de la sociedad civil.

Y la implementación es un proceso jurídico complejo, con un gran número de etapas, pero hoy no conocemos la magnitud del problema de la inefectividad del derecho ambiental. Por eso se hace imperativa la creación de una herramienta nueva: los indicadores jurídicos, que permiten medir el nivel de efectividad de las normas ambientales.

El principio 11 de la Declaración de Río 1992 sobre leyes eficaces tiene una doble significación: la primera es que las leyes deben tener como consecuencia un resultado ambiental positivo, menos contaminación y más protección de la biodiversidad —eso para mí es la eficacia del derecho—; pero hay otra significación para las palabras "leyes eficaces": es la necesidad de una implementación efectiva de la norma jurídica, y la implementación efectiva de la norma jurídica es la efectividad, que es diferente de la eficacia.

La eficacia de la ley está condicionada por la efectividad de la ley; es decir, la implementación jurídica correcta.

La eficacia es condicionada por la efectividad, y la efectividad es la implementación jurídica; son dos cosas diferentes pero interdependientes, no hay una sin la otra.

(45) Texto completo en *https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25675-79980.*

(46) GONZÁLEZ BALLAR, Rafael — PEÑA CHACÓN, Mario, "El proceso ambiental en Costa Rica", ob. cit.

(47) La Exposición de Motivos y texto completo se pueden consultar en *https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/12/codigo_modelo_de_procesos_colectivos_para_iberoamerica_texto-definitivo.pdf.*

(48) Extraído de la conferencia brindada por el Prof. PRIEUR, Michel, "Tópicos selectos del derecho ambiental. La necesidad de incorporar los indicadores jurídicos de acuerdo a los ODS en la Agenda 2030", UNAM, México, 29/07/2020.

Hay que luchar contra el incumplimiento de las leyes sobre el medio ambiente, incluidas las medidas para aumentar la efectividad de los mecanismos administrativos, civiles y penales, las instituciones y las leyes, es decir, los procedimientos de implementación jurídica. Es la efectividad que hay que tener en consideración en todas las etapas de la efectividad jurídica.

¿Cómo se hace la evaluación de las políticas y de las leyes ambientales? Se hace con indicadores, pero hasta hoy hay únicamente indicadores que miden la eficacia, indicadores que miden el resultado científico y técnico de la ley, indicadores que son científicos y económicos, indicadores para medir el resultado la eficacia de la ley; pero no se explica el proceso jurídico para obtener este resultado.

Los informes nacionales e internacionales, en cada país, sobre el estado, la situación del medio ambiente en el país, poseen datos económicos, estadísticos, científicos, biológicos, etc. Contienen resultados o mediciones en cuanto a los grados de contaminación del aire, del agua, de la biósfera, etc.; pero no hay una sola palabra sobre el derecho ambiental, sobre los instrumentos que permiten el resultado del estado del medio ambiente.

Tampoco hay mención sobre la efectividad del derecho ambiental ni sobre la implementación jurídica de las leyes ambientales. Solamente se informa el resultado final: menos contaminación y más biodiversidad; o más contaminación y menos biodiversidad, pero no conocemos el papel del derecho en este resultado, el papel del proceso jurídico de aplicación de la ley.

En la Agenda 21 se establece la necesidad de contar con los indicadores de desarrollo sostenible con participación de la sociedad civil, pero es interesante preguntarse: ¿dónde están los indicadores jurídicos del desarrollo sostenible con la participación de la sociedad civil? Lamentablemente, la respuesta es que no existen **(49)**.

El Acuerdo Escazú para América del Sur y el Caribe de 2018 es el primer Tratado internacional del mundo que trata los indicadores jurídicos.

En este sentido, el art. 6º del Acuerdo de Escazú impone a los Estados la obligación de acompañar un informe nacional sobre el cumplimiento de las obligaciones legales; por este motivo, el Acuerdo no es *soft law,* sino que es un Tratado internacional que genera obligaciones legales en materia ambiental.

A mayor abundamiento, de acuerdo con el art. 15 de Escazú, la conferencia de las partes examinará y fomentará la efectividad; no la eficacia, sino la efectividad del Acuerdo.

Los Estados tienen que organizar indicadores comunes con miras a evaluar la eficacia, evaluar la efectividad, evaluar el progreso en el cumplimiento de los compromisos nacionales e internacionales, es decir, el cumplimiento del derecho ambiental nacional e internacional. Por eso Escazú impone indicadores jurídicos para evaluar la implementación del Tratado **(50)**.

¿Cuál es la utilidad de este nuevo instrumento? Dar a las autoridades públicas y políticas información sobre la efectividad jurídica y la implementación del derecho que sea efectiva —no teórica o la que figura en los libros—, para de este modo facilitar las reformas y llamar la atención a los políticos sobre los retrocesos y sobre los progresos. Los indicadores jurídicos son una herramienta de gobernanza para conocer las dificultades y los obstáculos de la implementación del derecho y las posibilidades para más efectividad y más progreso.

Coincido, en este sentido, con los grandes juristas Dres. Néstor Cafferatta y Ricardo Lorenzetti en cuanto a que "el derecho ambiental es revolucionario (Ramón Martín Mateo), desde el punto de vista procesal es insurgente (Antonio Benjamín), produce la necesidad de adaptar, reformular, 'aplicar lo mismo pero de manera diferente', en todas las piezas claves o focos procesales (Augusto Morello)" **(51)**.

(49) Extraído de la conferencia brindada por el Prof. PRIEUR, Michel, "Tópicos selectos del derecho ambiental...", ob. cit.

(50) Ídem.

(51) CAFFERATTA, Néstor A., "Acceso a la justicia ambiental", ob. cit.

"...Es que la lógica del 'paradigma ambiental' (Ricardo Lorenzetti), aloja pretensiones de cesación, prevención, recomposición o restauración (reparación en especie o *in natura in situ),* adopta como metodología apta una visión ecosistémica (como lo viene sosteniendo la Corte Suprema de Justicia Argentina), en una red que toca intereses policéntricos (Fuller) que nada tiene que ver con la visión egoísta o individual, histórica del caso..." **(52)**.

XV. Reflexiones

El ambiente —se ha dicho— "es patrimonio común de todos los habitantes de la Tierra, porque se deben respetar y obedecer las inmutables leyes naturales, para así aspirar a la íntegra dignidad humana" **(53)**.

La Argentina, junto con los demás países de la región, debería enfocarse en un cambio paradigmático orientado a una nueva civilización, con mejor calidad de vida y con una preocupación relevante por la sostenibilidad ambiental, un estilo que permita proyectarse positivamente hacia las generaciones venideras. No obstante, esto no va a ocurrir sin un cambio profundo y estructural, y —si somos realistas— tampoco será posible sin un cambio cultural igualmente profundo, que anule las tendencias actuales al individualismo y que permita la recuperación del valor de la solidaridad, no solo con los seres humanos, sino con todas las formas de vida que pueblan la Tierra.

La ratificación del Acuerdo significa asumir el compromiso de trabajar para nivelar el acceso a los derechos en materia ambiental.

Para algunos Estados implica el rediseño institucional de sus leyes, y para la Argentina, la necesidad de reforzar todos sus marcos normativos. En este contexto se inscribe la recientemente sancionada ley 27.592 —"Ley Yolanda"—, que en su art. 2º establece la obligación de la capacitación en ambiente para los tres poderes de la República, que es un instrumento indispensable para generar valores y comportamientos acordes con un ambiente equilibrado y que propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible. La educación es el mejor camino para producir cambios profundos en el modo que habitamos nuestro planeta.

También es una invitación a rediscutir y actualizar, bajo este nuevo paradigma, la Ley de Acceso a la Información Ambiental y garantizar la consulta previa e informada y la participación pública en la toma de decisiones ambientales. Más voces, mejores decisiones: esta es la columna vertebral del Acuerdo y la enorme fuerza de las organizaciones de la sociedad civil que, de abajo hacia arriba, lo hicieron posible.

Por otro lado, el Tratado insta a los Estados a capacitar a sus funcionarios/as. Ese es, de hecho, el sentido de la denominada "Ley Yolanda": garantizar la formación integral en perspectiva de desarrollo sostenible, apoyada en valores sustentables y ambientales, para las personas que se desempeñen en la función pública, entre ellos también los funcionarios judiciales. Es imperioso que quienes toman decisiones en el plano público lo hagan en consonancia con este enfoque.

Es tiempo de hacer algo más que discursos. Es tiempo de que sancionemos leyes, de que revisemos nuestros marcos normativos y, sobre todo, de que los hagamos cumplir **(54)**.

La importancia del Acuerdo de Escazú, como hoja de ruta consensuada a nivel regional y su enorme nivel de consenso político, amerita que demos un paso más y dotemos al instrumento de jerarquía constitucional para consolidarlo como una verdadera política de Estado. Es el camino hacia una democracia ambiental dentro de un nuevo paradigma ecocéntrico, que considere a la naturaleza como un sistema complejo e interconectado con un valor inherente, del cual los seres humanos somos solo una parte.

El tema es complejo, pero la dimensión integral de la crisis latinoamericana exige un esfuerzo para, al menos, abrir ciertos caminos hacia "otro desarrollo" que lleven a un estadio diferente, a una aproximación al "buen vivir", en cuyo marco deberían converger estrategias tanto ma-

(52) Ídem.

(53) CAFFERATTA, Néstor A., "Introducción al derecho ambiental", ob. cit.

(54) Véase *https://www.parlamentario.com/2020/09/26/el-acuerdo-de-escazu-como-punto-de-partida/*.

cro como micro. Se trata entonces de actuar tanto desde lo macro, mediante la modificación de las prioridades en políticas culturales, sociales y económicas, como desde el desarrollo armónico de unidades territoriales básicas que se vayan integrando a través de distintos niveles, de conformidad con la estrategia macro **(55)**.

Ratificar Escazú es señalar el rumbo y, al mismo tiempo, asumir compromisos. Porque su premisa es abrir el juego y sumar voces en los asuntos que involucran al ambiente. Necesitamos encontrar un modo de legitimar la toma de decisiones, y esto será escuchando a sus protagonistas, abriendo espacios de diálogo donde encontremos una voluntad recíproca de cooperación. No es unos contra otros, es entre todos, entendiendo que el único modo de revertir el estado de crisis del planeta es con la articulación de los actores que componen nuestra sociedad. Escazú no es un punto de llegada, sino el punto de partida para empezar a actuar **(56)**.

Como podemos ver, los aportes que representa el Acuerdo de Escazú tienen tal importancia y generan un avance que es totalmente superador y brinda herramientas a todos los operadores jurídicos para defender y cuidar el ambiente de una forma cada día más eficaz y eficiente, para así contribuir a cuidar "la casa común" —como nos convoca el papa Francisco en las encíclicas *Laudato Si' y Fratelli Tutti*—, para nosotros y para las generaciones futuras.

(55) CEPAL, "La tragedia ambiental en América Latina y el Caribe", publicación de las Naciones Unidas, 2020.

(56) Véase *https://www.parlamentario.com/2020/09/26/el-acuerdo-de-escazu-como-punto-de-partida/*.

El acceso a la información en el Convenio de Escazú

Silvana Terzi (*)

Sumario: I. Introducción.— II. ¿Cómo surge el Convenio de Escazú?— III. Acceso a la información ambiental.— IV. Obligaciones a cargo de los Estados.— V. Fallos emblemáticos en materia de acceso a la información.— VI. Conclusión.

I. Introducción

El presente trabajo apunta a explicar los puntos más importantes del acceso a la información en el Primer Acuerdo Regional sobre el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992.

Luego de un minucioso trabajo, este Convenio trata en los arts. 5º y 6º el acceso a la información de una manera muy amplia y completa, teniendo en cuenta diversas circunstancias para una mejor implementación.

Este Acuerdo tomó como base el Convenio de Aarhus, firmado por la Comunidad Europea y sus Estados miembros, que entró en vigencia en el año 2001, pero adaptándolo a las necesidades y características propias de esta región de América Latina y el Caribe.

Intentaré en este artículo incluir algunos aspectos contemplados en la ley 25.675 General del Ambiente y en la ley 25.831 de Presupuestos Mínimos de Acceso a la Información Pública Ambiental (LPM), citando algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Recordando siempre que la publicidad de los actos de gobierno constituye uno de los principios rectores del sistema democrático adoptado en las diferentes Constituciones de la región.

II. ¿Cómo surge el Convenio de Escazú?

En oportunidad de llevarse a cabo la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río+20, en conmemoración de los 20 años de la Conferencia de Río 92 y fundado en el Principio 10 de su Declaración, la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), diferentes Estados de la región, la sociedad civil, el PNUMA (Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente), prestigiosos académicos y el público en general manifestaron la necesidad e importancia de contar con un Acuerdo Regional que trate el acceso a la información, la participación ciudadana y el acceso a la justicia contemplados en el citado Principio 10.

Este Acuerdo es el primer tratado sobre asuntos ambientales de la región y el primero en el mundo que incluye disposiciones sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales; además, establece estándares regionales, promueve la creación de capacidades —en especial a través de la cooperación Sur-Sur—, sienta las bases de una estructura institucional de apoyo y ofrece herramientas para mejorar la formulación de políticas y la toma de decisiones.

Como señaló António Guterres, secretario general de las Naciones Unidas, tiene por objeto luchar contra la desigualdad, discriminación y garantizar los derechos de todas las personas a un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible, dedicando especial atención a las personas

(*) Abogada. Especialista en Derecho Ambiental. Coordinadora de la Carrera de Especialización en Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Se desempeña actualmente como letrada en la Secretaría de Juicios Ambientales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Consultora del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

y grupos en situación de vulnerabilidad y colocando la igualdad en el centro del desarrollo sostenible.

En ese sentido, Alicia Bárcena, secretaria ejecutiva de la CEPAL, destacó que se trata de un acuerdo visionario y sin precedentes, alcanzado por y para América Latina y el Caribe, que refleja la ambición, las prioridades y las particularidades de nuestra región. En él se abordan aspectos fundamentales de la gestión y la protección ambientales desde una perspectiva regional y se regulan los derechos de acceso a la información, la participación pública y la justicia en ámbitos tan importantes como el uso sostenible de los recursos naturales, la conservación de la diversidad biológica, la lucha contra la degradación de las tierras, el cambio climático y el aumento de la resiliencia ante los desastres.

Fue resultado de una fase preparatoria de dos años e intensas reuniones del Comité de Negociación, lideradas por Chile y Costa Rica y por otros países que conformaban la Mesa Directiva (México, Perú, Argentina, San Vicente, las Granadinas y Trinidad y Tobago), juntamente con los delegados gubernamentales, representantes del público y del sector académico, expertos y demás interesados.

Finalmente, el 04/03/2018 se adoptó el Convenio de Escazú (Costa Rica); actualmente varios países de la región lo están ratificando, y en el caso de Argentina fue recientemente ratificado por el Poder Legislativo el 25/09/2020 **(1)**.

Su objetivo (art. 1º) 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 el acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de 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 propendiendo al desarrollo sostenible.

(1) El Acuerdo de Escazú entrará en vigencia a partir del 22 de abril de este año, porque se llegó al número de ratificaciones necesarias para su puesta en vigor.

III. Acceso a la información ambiental

El Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 establece que "el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades...".

El Convenio de Escazú entiende por información ambiental a cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato, relativa al ambiente y sus elementos o componentes y a los recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectarlos y la salud, así como la relacionada con la protección y la gestión ambiental (art. 2º, inc. c]).

El derecho de acceso a la información ambiental se encuentra contemplado en el art. 5º, dividido en los siguientes ítems, a saber:

III.1. Accesibilidad de la información ambiental

Parte de la obligación que tienen los Estados de garantizar el derecho del público de acceder a la información ambiental que se encuentra en su poder, bajo su control o custodia, de acuerdo con el principio de máxima publicidad, sin necesidad de mencionar algún interés especial ni justificar el motivo de la solicitud.

Como se puede apreciar, se trata de una legitimación activa amplia, dado que cualquier persona puede requerir información, tal como lo contemplan la LPM —ley 25.831— y el art. 16 de la LGA, al establecer que no será necesario acreditar razones ni interés determinado.

En aquellos casos en que el obligado no cuente con la información requerida, deberá informárselo al interesado de manera expedita y, en caso de que esta no se entregue, tiene el derecho a impugnar esa negativa.

Una de las características más sobresalientes del Acuerdo de Escazú es su constante referencia a las personas o grupos que se encuentren en situación de vulnerabilidad, incluyendo los pueblos indígenas y grupos étnicos, estableciendo procedimientos de atención desde el momento de su requerimiento hasta su entrega, y en caso de necesitarlo brindar asistencia para que puedan acceder a la información solicitada de manera completa y eficaz.

III.2. Denegación del acceso a la información

En casos muy excepcionales se puede denegar el acceso a la información, los que deberán estar expresamente detallados en la legislación nacional (art. 16, 2ª parte, LGA, y art. 7º, ley 25.831) y, en caso de no establecerlos, se aplicarán los determinados en este Convenio, que son, entre otros, aquellos que:

1. Ponen en riesgo la vida, la seguridad o salud de las personas físicas.

2. Pudiesen afectar la seguridad nacional, pública o la defensa nacional —contemplados también en el art. 7º, inc. a), de la LPM, ley 25.831—.

3. Pudiesen afectar la protección del medio ambiente, por ejemplo, alguna especie amenazada o en peligro de extinción.

4. Pudiesen generar un riesgo de un daño significativo a la ejecución de una ley o la investigación de un delito —art. 7º, inc. b), LPM—.

En aquellos casos en que la información contenida en un documento no esté exenta en su totalidad, la restante deberá ser entregada al solicitante, especificando en su caso el motivo por el cual cierta parte de la información no puede ser brindada.

La denegatoria a brindar la información requerida se interpretará de manera restrictiva, quedando la carga de la prueba en cabeza de la autoridad competente. Es decir, la regla general es brindar la información solicitada, y la excepción es su denegación; solo en casos muy puntuales y previamente establecidos podrá la autoridad de aplicación no entregarla, pero siempre ello deberá estar debidamente fundado.

III.3. Condiciones aplicables para la entrega de la información ambiental

La información deberá entregarse en el formato requerido por el solicitante, siempre que esté disponible, sin costo alguno y en un plazo perentorio que no podrá exceder de los treinta días hábiles contados desde su solicitud o un plazo menor si lo establece la legislación nacional. Igual plazo prescribe la ley 25.831 en su art. 8º. Dicho plazo podrá ser prorrogado cuando se necesite más tiempo para su entrega, lo cual deberá ser debidamente notificado al interesado.

III.4. Incumplimiento de brindar la información

Cuando la autoridad competente no cumpla con la entrega de la información solicitada en los plazos establecidos, el interesado podrá recurrir a las instancias administrativas y judiciales para su impugnación. Para ello, es necesario contar con procedimientos efectivos, oportunos, transparentes e imparciales para facilitar el acceso a la jurisdicción.

En este sentido, el art. 8º de la ley 25.831 establece que el funcionario público que incumpliere la obligación de brindar información será pasible de las sanciones previstas en la Ley de Empleo Público Nacional o la que establezca cada jurisdicción, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que le pudieren corresponder. En el caso de las empresas de servicios públicos, esta materia deberá estar regulada en sus respectivos contratos de concesión.

III.5. Mecanismos de revisión independientes

El Acuerdo también señala que los Estados deberán establecer órganos o instituciones imparciales y con autonomía a efectos de promover la transparencia, fiscalizar su cumplimiento, así como vigilar, evaluar y garantizar el derecho de acceso a la información, pudiendo disponer potestades sancionatorias.

IV. Obligaciones a cargo de los Estados

Este Acuerdo, en función de muchos casos fundados en la práctica ya existente en algunos países de la región, estipula que los Estados competentes, en las medidas de sus recursos, generen, recopilen, pongan a disposición del

público y difundan la información ambiental considerada de impacto o relevante de una manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, y que sea de fácil acceso y comprensión; a su vez, que esta se pueda reutilizar, procesar y disponer en formatos accesibles.

Los Estados contarán con un Sistema de Información Ambiental que se encuentre organizado y accesible para cualquier persona, disponible por medios informáticos, en el que se incluirá, a saber:

- la legislación ambiental, reglamentos y diferentes actos administrativos, como así también tratados y acuerdos internacionales referidos a la materia;

- informes sobre el estado del ambiente;

- listado de autoridades públicas que tengan competencia ambiental;

- listado de zonas contaminadas;

- información sobre el uso y conservación de los recursos naturales y ecosistemas;

- cuestiones relativas al cambio climático, procesos de evaluaciones de impacto ambiental;

- información respecto de la aplicación de sanciones administrativas en cuestiones ambientales;

- desarrollar un sistema de alerta temprana a los fines de divulgar de manera inmediata y por medios efectivos información que se encuentre en su poder en aquellos casos en que pueda existir una amenaza a la salud pública o al medio ambiente, a los fines de que la ciudadanía adopte medidas para prevenir o limitar eventuales daños;

- facilitar la información a los grupos vulnerables y, en caso de ser necesario, en su idioma, a efectos de asegurar su comprensión.

IV.1. Informes nacionales

Los Estados competentes deberán elaborar un informe nacional sobre el estado del ambiente que sea de fácil comprensión y accesibilidad al público, el cual no podrá superar los cinco años, que deberá contener:

- Información sobre el estado del ambiente y de los recursos naturales.

- Acciones nacionales que se implementen.

- Convenios de colaboración que se suscriban con el sector público, social y privado.

La LGA establece en su art. 18 que las autoridades tendrán que informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas, y presentar al Congreso de la Nación un informe anual sobre la situación ambiental del país.

Una de las características que resalta es que el Acuerdo prevé la invitación al público en general a efectuar aportes a estos informes.

V. Fallos emblemáticos en materia de acceso a la información

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, mucho antes de que comenzara a gestarse este Acuerdo de Escazú, demostró a través de sus sentencias la importancia que tiene el acceso a la información en una sociedad democrática. Así, en la emblemática causa "Mendoza, Beatriz c. Estado Nacional s/ amparo" **(2)** ha establecido, en uso de las facultades ordenatorias e instructorias que la ley le confiere (art. 32, ley 26.675), a fin de proteger efectivamente el interés general, requerir a los tres Estados involucrados en la causa (Estado Nacional, provincial y CABA) información ambiental pública que esté a disposición de todo aquel que la requiera, especialmente para los ciudadanos del área territorial involucrada, haciendo especial alusión a todas las personas que se encuentran legitimadas a solicitar la información y aquellos que se encuentran obligados a brindarla (arts. 16 y 18 de la LGA). Asimismo, fijó un plazo para su cumplimiento; en caso contrario, se aplicará

(2) CS, 20/06/2006, "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, originario, Fallos 329:2316, LL AR/JUR/1945/2006.

una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.

Otras causas sentaron un precedente, y si bien no se refieren a la temática ambiental, me parece importante citarlas a los fines de demostrar cuál es la doctrina del Máximo Tribunal respecto del acceso a la información, a saber:

"Asociación Derechos Civiles c. EN - PAMI s/ amparo" **(3)**. En esta causa, la actora requirió al PAMI información relativa al presupuesto en concepto de publicidad oficial otorgado a dicho organismo para el año 2009, y a la inversión publicitaria de dicha institución correspondiente a determinados meses. Ante la negativa de brindar información, el Máximo Tribunal sostuvo, remitiéndose a lo prescripto en diferentes convenciones internacionales, lo siguiente:

- Que la información deberá ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal (Convención Americana de Derechos Humanos).

- "El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan, mediante el acceso a la información".

- "El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea".

- "No solo deben garantizar este derecho en el ámbito puramente administrativo o de instituciones ligadas al Poder Ejecutivo, sino a todos los órganos del poder público, amplitud que supone incluir como sujetos obligados no solamente a los órganos públicos estatales, en todas sus ramas y niveles, locales o nacionales, sino también a empresas del Estado, hospitales, las instituciones privadas o de otra índole que actúan con capacidad estatal o ejercen funciones públicas".

- La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas ha determinado el concepto de libertad de información en su res. 59, afirmando que "la libertad de información es un derecho humano fundamental".

- La Corte Interamericana, de acuerdo con lo decidido en el caso "Claude Reyes", reconoció el carácter fundamental de este derecho en su doble vertiente: como derecho individual de toda persona y como la obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a "recibir" la información solicitada. La sentencia de la Corte fortalece como estándar internacional la idea de que este derecho corresponde a toda persona; es decir que la legitimidad activa es amplia y se le otorga a la persona como titular del derecho.

"CIPPEC c. PEN (Minist. de Desarrollo Social - dec. 1172/2003 s/ amparo" **(4)**.

En esta causa, la actora requirió información referida a determinadas transferencias realizadas por la demandada al sector privado en concepto de "Ayuda social a las personas" y "Transferencias efectuadas a otras instituciones culturales y sociales sin fines de lucro" durante los años 2006 y 2007. El pedido tenía por objeto, esencialmente, conocer en detalle la ayuda social a personas físicas y jurídicas, los padrones de aquellas, las transferencias tramitadas y los subsidios otorgados, como así también su alcance territorial. Ante la negativa del Estado Nacional a brindar la información, luego de las correspondientes apelaciones, la Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

- Que existe una legitimación amplia: sola condición de integrante de la comunidad.

- La negativa a brindar información desatiende un interés público y resulta ilegal.

- Debe prevalecer el principio de máxima divulgación de la información pública.

(3) CS, 04/12/2012, "Asociación Derechos Civiles c. EN - PAMI - dec. 1172/2003 s/ amparo ley 16986", A.917.XLVI, REX, Fallos 335:2393, LL AR/JUR/62133/2012.

(4) CS, 26/03/2014, "CIPPEC c. PEN (Minist. de Desarrollo Social dec. 1172/2003 s/ amparo", C.830.XLVI, REX, Fallos 337:256, LL AR/JUR/2946/2014.

- El rechazo a brindar información atenta inválidamente contra los valores democráticos que informan el derecho de la actora de acceder a la información de interés público.

- La necesidad de contar con una ley nacional que regule la materia.

- La remisión al precedente "Asociación de Derechos Civiles c. PAMI - dec. 1172/2003").

VI. Conclusión

La ratificación del Acuerdo de Escazú por parte de Argentina confirma el reconocimiento del acceso a la información ambiental como un derecho fundamental propio de los Estados democráticos.

La publicidad de los actos de gobierno constituye uno de los principios rectores del sistema republicano de gobierno adaptado por nuestra Constitución Nacional.

El acceso a la información permite transparentar el accionar de la gestión pública, asumiendo el ciudadano común la función de controlar que los funcionarios cumplan las normas y ejerzan las facultades que le competen en el marco de la legalidad. De esta forma, estará propendiendo a resguardar su salud, los recursos naturales, los ecosistemas, evitar la contaminación, la deforestación, etc., no solo en pos de la presente generación, sino también de las futuras.

Un individuo que se encuentra debidamente informado va a asumir un rol mucho más activo, responsable y comprometido con la protección del ambiente.

Martín Mateo hacía referencia a la información ambiental como presupuesto para el disfrute, ejercicio y protección de determinados derechos, como el de la salud o el de la preservación de un medio ambiente adecuado, y destacaba que el derecho de información ambiental, si bien materialmente tiene carácter instrumental, formalmente constituye un derecho sustantivo de titularidad colectiva, genéricamente atribuido a todas las personas que deseen ejercitarlo, que no están obligadas a probar un interés determinado.

INSTRUMENTOS DE POLÍTICA AMBIENTAL

La evaluación de impacto ambiental en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Aníbal J. Falbo (*)

Sumario: I. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Constitución Nacional y los objetivos del EIA.— II. El EIA y el Estado de derecho ambiental.— III. Los principios ambientales: armazón estructural que informa todo el EIA.— IV. El EIA traduce un derecho fundamental.— V. La Ley General del Ambiente y el EIA.— VI. El juzgamiento del EIA.— VII. La Corte Nacional determina y define las nociones, los requisitos, las pautas, las exigencias, los enfoques y los elementos del EIA.— VIII. Cierre: un EIA dentro del paradigma ambiental.

I. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Constitución Nacional y los objetivos del EIA

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha generado una magnífica, y evolucionada, jurisprudencia referida al Procedimiento Administrativo de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), en las sucesivas sentencias dictadas en "Salas" **(1)**, en las dos sentencias dictadas en "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" **(2)**, y en las sentencias dictadas en "Cruz" **(3)**, en "Martínez" **(4)** y en "Mamani" **(5)**.

Allí el Máximo Tribunal define con excelencia este Procedimiento Administrativo EIA, al que preferimos denominar Procedimiento Ambiental Administrativo por la importancia, vigor, centralidad y prevalencia que en esos fallos reviste el Derecho Ambiental.

Como se verá, el denominador común de toda esa jurisprudencia es el efectivo logro, dentro de la temática EIA, del objetivo ambiental constitucional del art. 41.

(*) Profesor de posgrado en la especialización de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, UBA. Director de la Clínica de Derecho Ambiental de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Abogado litigante en casos de derecho ambiental.

(1) A saber CS, 19/12/2008, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 331:2797; S.1144, L.XLIV, CS, Fallos: 331:2925; CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663; CS, 14/09/2010, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo. Juicio originario", S.1144, L.XLIV, CS, Fallos: 333:1784.

(2) CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:515 y CS, 21/12/ 2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:1732.

(3) CS, 23/02/2016, "Cruz, Felipa y otros c. Minera Alumbrera Limited y otro s/ sumarísimo", CS, Fallos: 339:142.

(4) CS, 02/03/2016, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", CS, Fallos: 339:201.

(5) 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", CS, Fallos: 340:1193.

Esto se observa en "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" **(6)**. Y antes en "Salas" del 29/12/2008 cuando se señala que en virtud de los hechos denunciados (ambientales) las medidas que se tomen serán las que "tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional" reafirmándolo en lo concerniente al EIA cuando seguidamente indica "sobre todo cuando están en juego garantías constitucionales de la índole de las invocadas" **(7)**.

Paralelamente, ese artículo constitucional opera también como la matriz básica, y la pauta interpretativa fundamental, para todo EIA.

De tal forma, en los fallos indicados, el art. 41 de la CN se desarrolla —excelentemente— y se particulariza —sólida y coherentemente— en un claro repertorio de elementos, requisitos, fines y objetivos que la Corte Suprema impone para todo EIA.

Todo ello se verá más adelante. Sin embargo resulta útil destacar, desde ya, que el objetivo ambientalista del art. 41 se individualiza también en otros claros objetivos y fines de esa jurisprudencia relativa al EIA (que son pautas de interpretación de todo lo relativo al EIA). Que son estos:

a. La "protección de los bienes ambientales" conforme se observa en "Salas" **(8)**.

b. Asegurar la sustentabilidad como se señala en "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" **(9)**.

c. La prevención del daño futuro. Como se expresa en "Martínez", cuando se indica "que, asimismo, es importante señalar que, en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro (CS, Fallos: 329:2316)", **(10)**.

Finalmente, no puede dejar de señalarse que la secuencia de sentencias referidas al EIA citadas al principio, se inscribe dentro del nacimiento, fortalecimiento, desarrollo y evolución de la jurisprudencia ambiental de la Corte Nacional, que solo puede ser calificada como de excelencia, la que se genera claramente a partir de la asunción del Dr. Ricardo Lorenzetti como presidente del Tribunal, creándose además la Secretaría de Juicios Ambientales.

II. El EIA y el Estado de derecho ambiental

Es en la primera de las cuatro sentencias de "Salas" donde ya encontramos una clara referencia al Estado de derecho ambiental. Y luego se completa y consolida en "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia".

Resulta trascendente tanto que en la sentencia inaugural dictada en "Salas" el 19/12/2008 **(11)** comience a emerger la noción del Estado de derecho ambiental como que, unos años después, en "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" **(12)** se lo desarrolle y consolide.

---

(6) CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:515. Allí el Tribunal expresa "La Constitución Nacional 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. Por esta razón, cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente".

(7) CS, 29/12/2008, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo. Juicio originario", S.1144, L.XLIV, CS, Fallos: 331:2925.

(8) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663.

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

(10) CS, 02/03/2016, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", CS, Fallos: 339:201.

(11) CS, 19/12/2008, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 331:2797.

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

En la medida que ambas sentencias se refieren a la temática EIA, no podemos dejar de concluir que el Estado de derecho ambiental se encuentra en el centro mismo del Procedimiento Ambiental Administrativo EIA y resulta así evidente, e indudable, que se trata de uno de los conceptos principales que lo fundamentan, lo definen y lo estructuran.

En esa primera sentencia en "Salas" de 19/12/2008 (aunque sin utilizar el término "ambiente" o "ambiental" de manera expresa) se observa el nacimiento del Estado de derecho ambiental, cuando la Corte Nacional decreta: "El estado de derecho se caracteriza no solo por su elemento sustantivo, es decir el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos, sino también por la forma como ese objetivo intente alcanzarse. En ese propósito, un segundo elemento, de índole formal, pero que se vincula estrechamente con el orden e interés público, y que resulta esencial, es el denominado principio de legalidad —integrado en forma inescindible en el de razonabilidad o justicia—, y que postula como tal el sometimiento del Estado moderno no solo a la norma jurídica en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico" **(13)**.

De tal manera ya se delinean las ideas básicas del Estado de derecho ambiental en la medida que se coloca el énfasis más allá del mero reconocimiento de derechos públicos subjetivos. Y ese más allá es "la forma" de alcanzar los objetivos que ese reconocimiento plantea, dentro del principio de "legalidad" unido y ligado de manera "inescindible" a la "razonabilidad" y a la "justicia".

Unos años después en "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" la Corte Federal indica que la tutela del ambiente que establece la Constitución Nacional ligado al modo como la propia Corte desarrolla esa tutela del ambiente "permite admitir la existencia de un componente ambiental del estado de derecho" **(14)**. Vuelve a encontrarse una idea equivalente ya que cobra relevancia central el "modo" en que la Corte desarrolla la tutela constitucional del ambiente.

Con precisión Ricardo Lorenzetti y Pablo Lorenzetti definen conceptualmente al Estado ambiental de derecho como "la vigencia de la ley dentro de un paradigma ambiental" **(15)**. Esta definición no solo sintetiza perfectamente la noción de la Corte Federal de los fallos indicados, también la dinamiza. Maxime cuando se observa que los autores destacan la importancia de las dos facetas del Estado de derecho ambiental, indicando que la primera está relacionada con "aplicar la ley en toda su extensión", pues "donde no hay ley, hay abuso y deterioro de la naturaleza" y la segunda "interpretar al Estado de Derecho conforme con los principios ambientales" **(16)**.

Este enfoque coincide con el "modo" o la "forma" en que la Corte Nacional desarrolla la tutela ambiental de la norma constitucional, en toda su jurisprudencia ambiental **(17)**.

---

(13) CS, 19/12/2008, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 331:2797

(14) CS, 26/04/2016, cita "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:515 donde la Corte expresa que "la Constitución Nacional 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. Por esa razón cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente"

(15) LORENZETTI, Ricardo L. - LORENZETTI, Pablo, "Derecho Ambiental", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 63.

(16) LORENZETTI, Ricardo L. - LORENZETTI, Pablo, "Derecho Ambiental", ob. cit., p. 63.

(17) Son innumerables los fallos que deberían citarse, pero a solo título de ejemplo entre muchos pueden verse: CS, 20/06/2006, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros", CS, Fallos: 329:2316. CS, 08/07/2008, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros", CS, Fallos: 331:1622. CS, 19/02/2015, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios", CS, Fallos: 338:80. CS, 28/07/2009, "Municipalidad de Berazategui c. Aguas Argentinas SA s/ ordinario", CS, Fallos: 332:1600. CS, 02/12/2014, "Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses SA y otros s/ amparo", CS, Fallos: 337:1361; CS, 01/12/2017, "La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas", CS, Fallos: 340:1695. Asimismo cfr. CS, 04/06/2019, "Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/

Si bien Quiroga Lavié inauguró en Argentina el concepto de "Estado Ecológico de Derecho" **(18)**, es Esain quien explica que el Estado ambiental de derecho con relación al ambiente "debemos avanzar sobre la *efectividad* en su goce. En esto el compromiso debe provenir de todos los espacios del Estado" **(19)**.

A su turno Cafferatta y Peretti **(20)** comienzan el capítulo relativo al Estado ambiental de derecho haciendo alusión a "la clave" del Derecho Ambiental, y explican que esta se halla en cómo se lo repiensa, construye y reconstruye, pero con un objetivo: para ser una "herramienta útil, eficaz e imprescindible para mantener la calidad de vida no solo de los humanos sino de todos los seres vivos que habitan el planeta, y por lo tanto del planeta mismo". Vuelve a aparecer el "modo" y la "forma" en el centro del concepto.

En síntesis, el Estado de derecho ambiental se halla ligado fuertemente al EIA. No solo opera como su fundamento, sino también colabora en la definición de sus elementos y diseño de sus exigencias, concretando sus objetivos y finalidades, ya que describe el modo y la forma de llevarlo adelante, y también de concluirlo con un Acto Administrativo.

III. Los principios ambientales: armazón estructural que informa todo el EIA

El Máximo Tribunal determina en "Fernández" **(21)** que los principios ambientales son el armazón estructural que informa todo el sistema del Derecho Ambiental.

Consecuentemente todo EIA queda estructurado por el armazón que construyen los principios ambientales, en todos sus aspectos, y en todo su recorrido: desde su principio a su fin, en la medida que en tanto tratarse de un procedimiento de Derecho Ambiental administrativo, esta reglado —prevalentemente— por lo que los principios ambientales imponen **(22)**.

De tal forma los principios ambientales operan como las pautas centrales y fundamentales para interpretar cada uno de los elementos, trámites, enfoques, requisitos y metodologías del EIA.

Que los principios ambientales se imponen como el armazón estructural que informa todo el EIA y se erigen en su pauta de interpretación y decisión, surge ya en "Salas" cuando se determina que "el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público" **(23)**.

---

acción declarativa de inconstitucionalidad", CS, Fallos: 342:917. CS, 22/08/2019, "Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051", CS, Fallos: 342:1327. CS, "Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ Acción de Amparo Ambiental", cit. (CS, Fallos: 342:1203).

(18) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "El Estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional", LA LEY, 1996-B, 950.

(19) ESAIN, José A., "El Estado Ambiental de Derecho", RDAmb 50, abril-junio 2017, dirigida por Néstor CAFFERATTA, Abeledo Perrot, p. 43.

(20) CAFFERATTA, Néstor - PERETTI, Enrique, "Nuevos desafíos del derecho ambiental. La solidaridad y la sustentabilidad como pilares del derecho ambiental", Rubinzal-Culzoni, 2019, cap. IV, p. 197.

(21) La Corte Suprema indica, refiriéndose a la ley 25.675 General del Ambiente que "se destaca que por el art. 4º 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". 22/08/2019, "Fernández Miguel Ángel, s/ infracción ley 24.051", CS, Fallos: 342:1327.

(22) Utilizamos el término "impone" porque es el que, con relación a los principios ambientales utiliza, adecuadamente, la Corte Nacional en CS, 19/02/2015, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios", CS, Fallos: 338:80. En efecto, allí expresa "que, por su lado, los principios de prevención, precautorio, de progresividad, de responsabilidad y de solidaridad —según lo dispone el art. 4º 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".

(23) CS, 26/03/2009, "Salas Dino y otros c. Salta, Provincia y Estado Nacional s / amparo", CS, Fallos: 332:663, donde se expresa: "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

Por otro lado, los principios ambientales no se reducen al trámite del procedimiento EIA. Se extiende al acto administrativo que lo finalice, por cuanto su falencia puede determinar o bien la suspensión del acto administrativo como sucede en "Salas" **(24)**, o bien puede acarrear su nulidad como ocurre en "Mamani" **(25)**.

En esta última sentencia se advierte cómo, y de qué manera, el principio precautorio impone exigencias y requisitos al acto administrativo en la medida que la Corte Suprema señala que asiste razón a la recurrente en tanto "también correctamente afirma que la sentencia apelada modificó la pretensión al exigir acreditación o inminencia del daño ambiental, cuando en rigor la actora demandó la nulidad de los actos administrativos que autorizaron los desmontes. Con ello, además, desconoció en forma expresa la aplicación del principio precautorio que rige la materia" **(26)**.

De tal manera se confirma que estamos en el caso del EIA ante un tema que responde a la emersión del Derecho Ambiental Administrativo que, al emerger, mengua al Derecho Administrativo Ambiental, ello por cuanto las pautas del Derecho Ambiental son prevalentes por sobre las del Derecho Administrativo **(27)**.

IV. El EIA traduce un derecho fundamental

Surge de la sentencia de la Corte Federal en "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" que al adentrarnos en el procedimiento EIA hallamos características de un Derecho Fundamental **(28)**. Por ello el EIA

---

ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo debe actuar precautoriamente... 3º) 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".

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

(25) 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", CS, Fallos: 340:1193.

(26) Y seguidamente el fallo continúa expresando "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 (...)" (art. 3º, inc. d).De su lado, la ley 25.675 General del Ambiente, 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" (art. 4º). 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 CS, 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" (consid. 2º). También esta Corte en "Cruz" (CS, Fallos: 339:142) ha señalado que en materia ambiental el caso debe ser analizado desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el citado art. 4º de la Ley General del Ambiente introduce los principios de prevención del daño y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles". Con este solo principio el Tribunal considera que con eso sería suficiente para "revocar la sentencia apelada" pero decide relatar de allí en adelante otras circunstancias, por las que hará uso de la facultad de "declarar la nulidad de las resoluciones cuestionadas". 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", CS, Fallos: 340:1193.

(27) FALBO, Aníbal, "La vigorosa emersión del Derecho Ambiental Administrativo y el ocaso del Derecho Administrativo Ambiental", RDA 129, Abeledo Perrot, mayo-junio 2020, p. 253.

(28) CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:515, cuando se expresa: "La Constitución Nacional 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. Por esta razón, cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos

opera como la traducción procedimental de un Derecho Fundamental.

Fundamental es el derecho al ambiente como ya explicaba Bidart Campos que "ahora, bien se lo puede ubicar entre los derechos humanos fundamentales" **(29)**. Coincidentemente Quiroga Lavié-Benedetti-Cenicacelaya señalan que el art. 41 de la CN "trata de establecer un contenido permanente e invariable, ajeno a los vaivenes legislativos" **(30)** por lo que "estos derechos ambientales operan como matriz para todos los demás derechos fundamentales debiendo orientar todas las formas de actuación de los poderes públicos y de los particulares" **(31)**.

El derecho al ambiente, en tanto Derecho Fundamental, orienta el modo, la forma y el alcance de actuación de la administración pública y del funcionario público en el procedimiento EIA.

Por otra parte, al traducir el EIA un Derecho Fundamental, cobra un peso trascendente su necesaria fundamentación ética, ya que como explican Ricardo Lorenzetti y Pablo Lorenzetti, están ligados con "la fundamentación ética del derecho que en materia ambiental tiene mucha importancia" **(32)**.

V. La Ley General del Ambiente y el EIA

El EIA se rige prevalentemente por la ley 25.675 General del Ambiente (LGA). En efecto, de la jurisprudencia de la Corte Nacional **(33)** se observa el papel e importancia central y prevalente que adquiere la LGA a la hora de abordar y analizar el EIA, tanto como al momento de tomar y sostener las decisiones ambientales judiciales sobre esa temática.

Claro que ello no significa que otras normas no concurran también a la hora de comprobar la regulación del EIA [como se observa en "Martínez" **(34)**]. Pero esa concurrencia de otras normas solo será posible siempre que estas sean más protectorias que la LGA, pues así lo dispone la Constitución Nacional **(35)**.

VI. El juzgamiento del EIA

El EIA es materia de amplio juzgamiento. En efecto, como ser verá seguidamente, tanto la

fundamentales también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente".

(29) BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución Reformada", Ediar, Buenos Aires, 2002, t. II, p. 84.

(30) GAMBIER, Beltrán - LAGO, Daniel, "El medio ambiente y su reciente recepción constitucional", ED 163-727.

(31) QUIROGA LAVIÉ - BENEDETTI - CENICACELAYA, "Derecho Constitucional Argentino", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, t. I, p. 298.

(32) LORENZETTI, Ricardo L. - LORENZETTI, Pablo, "Derecho Ambiental", ob. cit., p. 66.

(33) CS, 02/03/2016, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", CS, Fallos: 339:201. CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:515. CS, 26/03/2009, "Salas Dino y otros c. Salta, Provincia y Estado Nacional s / amparo", CS, Fallos: 332:663.

(34) Allí la Corte Nacional indica: "Tampoco consideró el superior tribunal local que, en similar sentido, el Código de Minería establece que los responsables de las actividades mineras "deberán presentar ante la autoridad de aplicación, y antes del inicio de cualquier actividad especificada en el art. 249, un Informe de Impacto Ambiental..." (art. 251). Asimismo, dispone que "(l)a autoridad de aplicación se expedirá aprobando o rechazando en forma expresa el Informe de Impacto Ambiental en un plazo no mayor de sesenta días hábiles desde que el interesado lo presente" (art. 254). Finalmente, estipula que "(s)i mediante decisión fundada se estimare insuficiente el contenido del Informe de Impacto Ambiental, el responsable podrá efectuar una nueva presentación dentro de un plazo de treinta días hábiles de notificado (...) La autoridad de aplicación en el término de treinta días hábiles se expedirá aprobando o rechazando el informe en forma expresa" (art. 255)". CS, 02/03/2016, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", CS, Fallos: 339:201.

(35) Explica Esain correcta y claramente que "las provincias pueden complementar maximizando el nivel de protección que las normas de la Nación hayan establecido respecto de actividades o cosas que generen alteraciones al ambiente". ESAIN, José, "Competencias ambientales", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 273. En el mismo sentido se expresa Pinto expresa "a pesar de la potestad nacional de dictar normas de presupuestos mínimos de protección, válidas de manera uniforme para todo el territorio nacional, las provincias pueden regular complementariamente tales preceptos con mayores exigencias tuitivas (art. 41, CN)". PINTO, Mauricio, "Técnicas y principios aplicables a las sanciones Ambientales", JA 2013-IV, 9, 23.

tramitación realizada en la esfera o el procedimiento administrativo como también el acto administrativo que le pone fin son objeto de juzgamiento.

Ello por cuanto el EIA es procedimiento administrativo finaliza con un acto administrativo, que resulta ser un presupuesto para el otorgamiento del ulterior acto administrativo habilitante para realizar la obra, el emprendimiento, o actividad o proyecto que se propone, pues permite otorgar o negar el pedido respectivo **(36)**.

VI.1. Materia de juzgamiento

Es amplio el abanico a ser juzgado. En efecto: a partir de la jurisprudencia del Máximo Tribunal quedan incluidas como materias de juzgamiento:

a. El Procedimiento Administrativo EIA (tanto ante su ausencia, como ante su tramitación irregular o deficitaria).

De la jurisprudencia de la Corte Federal se infiere que la ausencia absoluta de EIA, es decir su falta de realización, es materia de juzgamiento y decisión judicial **(37)**.

Y también si se han realizado tramitaciones o procedimientos administrativos relativos o relacionados con un EIA **(38)**. En este caso puede la Justicia analizar y decidir si se han llevado a cabo de manera correcta o si, por el contrario, las actuaciones, los trámites o los procedimientos administrativos no los abastece debidamente (por observarse omisiones, irregularidades o déficit) **(39)**.

La irregularidad u omisiones que se observen en trámites, actuaciones o procedimientos administrativos permiten, o bien dictar órdenes que tiendan a suplir esas omisiones y tutelar debidamente el ambiente **(40)**, o bien decretar la nulidad del acto administrativo que se dicte **(41)**. En

(36) HUTCHINSON, Tomás - FALBO, Aníbal, "Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires", Librería Editora Platense, 2011, p. 260.

(37) CS, 21/12/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:1732, donde se expresa_ "Que concurre en el caso verosimilitud del derecho, puesto que del informe producido a requerimiento de esta Corte se desprende que el Estado Nacional no habría cumplido en su ámbito con ningún procedimiento de evaluación de impacto ambiental y audiencia..." para luego indicar "el Estado Nacional es el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio del derecho que se denuncia como violado, en el supuesto de admitirse la demanda, esto es, la realización del estudio de impacto ambiental y la audiencia pública que se denuncian omitidas (arg. CS, Fallos: 330:555, consid. 7º; 333:479; 334:1143 y 1342)", para finalmente decidir "Por ello, 1º) se hace lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, se ordena la suspensión de las obras "Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner - Gobernador Jorge Cepernic "hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia previsto en la ley 23.879, o hasta el dictado de la sentencia definitiva, lo que suceda en primer término...".

(38) 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", CS, Fallos: 340:1193.

(39) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663. CS, 21/12/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:1732, donde ante ello "se hace lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, se ordena la suspensión de las obras 'Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner - Gobernador Jorge Cepernic' hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia previsto en la ley 23.879, o hasta el dictado de la sentencia definitiva".

(40) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663 donde la Corte Nacional expresa: "En el presente caso se ha demostrado claramente que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas" y por ello en el mismo fallo termina decidiendo " Ampliar la diligencia preliminar dispuesta a fs. 37/39 y, en consecuencia, requerir a la Provincia de Salta que, en el plazo máximo de noventa días realice un estudio de impacto ambiental conforme las especificaciones dadas en el considerando tercero". En "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" el Tribunal destaca en este aspecto con toda contundencia que "No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados (CS, Fallos: 328:1146)". CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:515.

(41) CS, 05/09/2017, "Mamani, Agustín P. y otros c. Estado provincial - Dirección Provincial de Políticas Am-

definitiva, no es suficiente que se halla realizado diferentes procedimientos o actuaciones o diligencias administrativas con fines de medir temas ambientales para que se pueda tener por realizado un debido Procedimiento EIA.

b. El Acto Administrativo que finiquita un EIA es también materia de análisis y decisión judicial tal como surge de "Mamani" y antes de "Martínez" **(42)**.

VI.2. El abanico de decisiones y medidas judicial relacionadas con un EIA

El Juzgamiento de un EIA abre, para la justicia, un abanico de diferentes decisiones, en un todo coherente con la "moderna concepción" que preside los casos donde están en juego derechos ambientales **(43)**. Así se pueden dictar estas decisiones judiciales:

a. Disponer medidas preliminares **(44)**.

b. Convocar audiencias **(45)**.

c. Disponer información ambiental **(46)**.

d. Medidas para tutelar el ambiente **(47)**.

---

bientales y Recursos Naturales y Empresa Cram SA s/ recurso", CS, Fallos: 340:1193.

(42) 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", CS, Fallos: 340:1193, CS, 02/03/2016, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", CS, Fallos: 339:201, donde la Corte Nacional decide: "Que, en tales condiciones, la decisión de la Corte local de no considerar los fundamentos de la actora tendientes a demostrar que la res. 35/09 —en cuanto aprobó el Informe de Impacto Ambiental en forma condicionada— era manifiestamente ilegal y arbitraria y que, en consecuencia, el amparo resultaba ser la vía idónea para cuestionar este aspecto de la pretensión y evitar así un daño inminente al medio ambiente, no constituye un acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias, por lo que corresponde su descalificación (CS, Fallos: 325:1744). Por ello, concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y remítase".

(43) CS, 23/02/2016, "Cruz, Felipa y Otros c. Minera Alumbrera Limited y otro s/ sumarísimo", CS, Fallos: 339:142, donde la Corte Federal expresa: "En ese sentido, no puede dejar de señalarse 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".

(44) CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas", CS, Fallos: 339:515, donde la Corte Nacional decreta "la pertinencia de la adopción de medidas preliminares".

(45) CS, 29/12/2008, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo. Juicio originario", CS, Fallos: 331:2925 donde se resuelve: "I. Convocar a una audiencia a realizarse en la sede de esta Corte el 18 de febrero de 2009 a las 10 horas, en la cual las partes deberán expedirse en forma oral y pública ante el Tribunal sobre la situación que se denuncia...".

(46) CS, 29/12/2008, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo. Juicio originario", CS, Fallos: 331:2925 donde se resuelve: "... III. Ordenar la diligencia preliminar solicitada y, en consecuencia, requerir al Estado provincial demandado que, en el plazo de treinta días, informe al Tribunal los nombres y apellidos o razones sociales, con sus respectivos domicilios, de todas las personas físicas y jurídicas que han solicitado y obtenido autorizaciones de desmonte y tala de bosques nativos en las áreas pertenecientes a los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria, durante el período indicado, a cuyo fin, líbrese el correspondiente oficio. A su turno en CS, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas" del 26/04/2016 la Corte Nacional luego de destacar "la pertinencia de la adopción de medidas preliminares" dispone requerir información ambiental en la medida que decide "se resuelve requerir al Estado Nacional, que en el plazo de treinta [30] días informe al Tribunal: (I) si han comenzado las obras correspondientes a los "Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner - Gobernador Jorge Cepernic". En su caso, deberá informar el estado de avance en ambos proyectos; (II) si se han realizado estudios de impacto ambiental en los términos de los arts. 1º, 2º y 3º de la ley 23.879 (Obras Hidráulicas), arts. 11, 12 y 13 de la Ley General del Ambiente (25.675) y art. 7º del Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (ley 26.639). En su caso, deberá acompañar copias certificadas de los mismos; y, (III) si se han producido consultas o audiencias públicas en los términos de los arts. 19, 20 y 21 de la Ley General del Ambiente (25.675)". CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:515.

(47) CS, 29/12/2008, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo. Juicio ori-

e. Órdenes, medidas, disposiciones para suplir omisiones **(48)**.

f. Determinar el contenido y exigencias a ser cumplidas en el Procedimiento Administrativo EIA **(49)**. Ello como directa consecuencia de tutelar el ambiente o suplir omisiones. Hasta el punto de disponer que se realice —o si se realizó que se complete— un Procedimiento EIA de conformidad con las especificaciones y requisitos que indica expresamente la Justicia.

g. Disponer medidas cautelares **(50)**. Aun cuando coincida la medida cautelar con la pretensión del juicio **(51)**.

h. Decretar la nulidad del Acto Administrativo que finiquite el procedimiento EIA **(52)**.

---

ginario", CS, Fallos: 331:2925: "le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando están en juego garantías constitucionales de la índole de las invocadas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados (conf. causas citadas precedentemente; CS, Fallos: 328: 1146). De tal manera, el Tribunal corno custodio que es de las garantías constitucionales, dispondrá la comparecencia de las partes a una audiencia, y habrá de ordenar el pedido de informes a la provincia de Salta requerido a modo de diligencia preliminar".

(48) CS, 29/12/2008, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo. Juicio originario", CS, Fallos: 331:2925: "le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando están en juego garantías constitucionales de la índole de las invocadas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados (conf. causas citadas precedentemente; CS, Fallos: 328: 1146). De tal manera, el Tribunal corno custodio que es de las garantías constitucionales, dispondrá la comparecencia de las partes a una audiencia, y habrá de ordenar el pedido de informes a la provincia de Salta requerido a modo de diligencia preliminar".

(49) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663 donde se decide "II. Ampliar la diligencia preliminar dispuesta a fs. 37/39 y, en consecuencia, requerir a la Provincia de Salta que, en el plazo máximo de noventa días realice un estudio de impacto ambiental conforme las especificaciones dadas en el considerando tercero".

(50) CS, 29/12/2008, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo. Juicio originario", CS, Fallos: 331:2925, donde se resuelve: "... 11. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada con los alcances expuestos, y, en consecuencia, ordenar de manera provisional, el cese de los desmontes y talas de bosques...", CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663 donde decide: "II. Ampliar la diligencia preliminar dispuesta a fs. 37/39 y, en consecuencia, requerir a la Provincia de Salta que, en el plazo máximo de noventa días realice un estudio de impacto ambiental conforme las especificaciones dadas en el considerando tercero. III. Suspender todas las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos descriptos hasta tanto se efectúe el estudio requerido en el punto anterior". También se dicta una medida cautelar en CS, 21/12/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:1732, donde se expresa: "Que concurre en el caso verosimilitud del derecho, puesto que del informe producido a requerimiento de esta Corte se desprende que el Estado Nacional no habría cumplido en su ámbito con ningún procedimiento de evaluación de impacto ambiental y audiencia..." para finalmente decidir: "Por ello, 1º) se hace lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, se ordena la suspensión de las obras 'Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner - Gobernador Jorge Cepernic' hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia previsto en la ley 23.879, o hasta el dictado de la sentencia definitiva, lo que suceda en primer término...".

(51) Así puede inferirse del fallo de la Corte Nacional en "Cruz" (CS, 23/02/2016, "Cruz, Felipa y Otros c. Minera Alumbrera Limited y otro s/ sumarísimo", CS, Fallos: 339:142.), ya que allí se deja sin efecto la sentencia de la Cámara apelada indicando en el fallo que "asiste razón a las recurrentes en cuanto afirman que la resolución apelada es arbitraria y, por ende, descalificable como acto jurisdiccional. En efecto, para confirmar el rechazo de la medida cautelar solicitada por la actora, la Cámara se limitó a sostener de manera dogmática que su objeto coincidía con el de la demanda y que la importancia de la cuestión discutida exigía el análisis de las pruebas aportadas por ambas partes, sin hacer mérito de los argumentos de la actora relativos a la vigencia del principio precautorio previsto en el art. 4º de la Ley General del Ambiente, ni de los expresados con relación a la existencia de un informe pericial...".

(52) CS, 05/09/2017, "Mamani, Agustín P. y otros c. Estado provincial - Dirección Provincial de Políticas

i. Imponer plazos **(53)**.

Conviene aclarar que tales decisiones, medidas u órdenes, pueden adoptarse de forma simultánea o bien de manera sucesiva.

Son simultáneas cuando en la misma sentencia se suman varias. Por ejemplo, en "Salas" del 29/12/2008 se decide: 1. Convocar a una audiencia pública ante la Corte, 2. Hacer lugar a la medida cautelar y ordenar el cese de desmontes y talas del bosque, 3. Como diligencia preliminar requerir información al Estado Nacional **(54)**.

Las decisiones son sucesivas, si en una primera sentencia se adoptan algunas medidas u órdenes; y en la siguiente otras o las mismas, pero de nuevos contornos o variada amplitud.

Así puede decidirse en una primera decisión que ser realice una audiencia y se brinde información ambiental, y en la siguiente disponer una medida cautelar.

El mejor ejemplo de ello son las sucesivas decisiones que fue dictando la Corte Nacional en el caso "Salas" donde en la primera decisión del 29/12/2008 **(55)** dispone, entre otras medidas, convocar a una audiencia pública ante la Corte, hacer lugar a la medida cautelar y ordenar el cese de desmontes y talas de bosque y en la siguiente decisión del 26/03/2009 decide "II. Ampliar la diligencia preliminar dispuesta a fs. 37/39 y, en consecuencia, requerir a la Provincia de Salta que, en el plazo máximo de noventa días realice un estudio de impacto ambiental conforme las especificaciones dadas en el considerando tercero. III. Suspender todas las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos descriptos hasta tanto se efectúe el estudio requerido en el punto anterior" **(56)**.

VI.3. La vía del amparo es una vía idónea y aceptada para canalizar el juzgamiento del EIA

La acción de amparo ambiental se evidencia como una vía innegable para viabilizar el juzgamiento del EIA, tanto en lo que se refiere al análisis y decisión en torno a la manera de llevar adelante el Procedimiento Administrativo EIA como, igualmente, en lo relativo al Acto Administrativo que lo finaliza **(57)**.

Ambientales y Recursos Naturales y Empresa Cram SA s/ recurso", CS, Fallos: 340:1193. Donde la Corte Nacional decide: "Que con el cuadro de situación descripto se concluye que los actos administrativos impugnados exhiben una clara contradicción frente a los antecedentes de hecho y derecho que precedieron su dictado, pues se apartan ostensiblemente de las constancias obrantes en las actuaciones administrativas. En consecuencia, corresponde declarar la nulidad de las resoluciones".

(53) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663 donde se indica que el estudio de impacto ambiental que manda a realizar la propia sentencia "deberá ser realizado en un plazo máximo de noventa días".

(54) CS, 29/12/2008, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo. Juicio originario", CS, Fallos: 331:2925, donde se resuelve: "I. Convocar a una audiencia a realizarse en la sede de esta Corte... en la cual las partes deberán expedirse en forma oral y pública ante el Tribunal sobre la situación que se denuncia... 11. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada con los alcances expuestos, y, en consecuencia, ordenar de manera provisional, el cese de los desmontes y talas de bosques... III. Ordenar la diligencia preliminar solicitada y, en consecuencia, requerir al Estado provincial demandado que, en el plazo de treinta días, informe al Tribunal los nombres y apellidos o razones sociales, con sus respectivos domicilios, de todas las personas físicas y jurídicas que han solicitado y obtenido autorizaciones de desmonte y tala de bosques nativos en las áreas pertenecientes a los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria, durante el período indicado".

(55) CS, Fallos: 331:2925.

(56) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663.

(57) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663; CS, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo". Incluso en este ultima causa la Corte Federal luego de señalar que "En el caso, el superior tribunal local, al rechazar la vía casatoria por ausencia de sentencia definitiva, omitió dar respuesta a planteos de los actores conducentes para la solución del caso, tendientes a demostrar que la acción de amparo era la vía adecuada para cuestionar la res. 35/09. Concretamente, y a lo que al caso interesa, no consideró que la elección de dicha vía, como remedio judicial expeditivo, se fundó en los daños inminentes al medio ambiente que puede provocar la aprobación del "Informe de Impacto Ambiental" presentado por la Minera Agua Rica LLC mediante la res. 35/09, sin haberse salvado en forma previa las objeciones señaladas en el mismo acto por la autoridad de aplicación. En ese sentido, el tribunal a quo debió advertir que la actora alegó que la legislación vigente solo faculta a la autoridad administrativa para

VII. La Corte Nacional determina y define las nociones, los requisitos, las pautas, las exigencias, los enfoques y los elementos del EIA

Corresponde ahora un análisis, ya anticipado al principio, que se centre en un mayor detalle de las reglas y exigencias que la Corte Nacional, con precisión, ha venido estableciendo para el EIA en las sentencias ya referidas: "Salas" **(58)**, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" **(59)**, "Martínez" **(60)**, "Cruz" y "Mamani" **(61)**.

Esas exigencias y reglas se componen de un amplio repertorio de nociones, definiciones, requisitos, enfoques, pautas, reglas y elementos, que en los puntos siguientes intentaremos diagramar y describir.

VII.1. El EIA debe ser previo

Una primera regla básica, que ya aparece en "Salas" del 26/03/2009 y luego en "Martínez" y en "Mamani" es que el EIA debe ser previo al inicio de la obra (dentro de obra se incluye también todo emprendimiento o actividades o proyectos).

Esto significa simultáneamente que también debe ser previo a la autorización o permiso administrativo para llevarla adelante.

No puede el EIA justificar lo ya hecho o iniciado, ni justificar ninguna autorización emitida antes del EIA. Esa exigencia tiene su fuente, como surge de esas sentencias, en dos principios: en el de legalidad (o norma aplicable al caso) y en el acento preventivo que define al Derecho Ambiental, ya que la prioridad absoluta es la prevención del daño futuro **(62)**.

Así en "Martínez" se establece que "... el Superior Tribunal provincial omitió el análisis

aprobar o rechazar el Informe de Impacto Ambiental presentado por las empresas responsables, mas no para aprobarlo condicionalmente, como lo hizo la provincia demandada, así como el invocado inicio de la actividad de explotación por parte de la empresa Minera Agua Rica LLC" el Tribunal determina que "cabe recordar que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (CS, Fallos: 320:1339 y 2711; 321:2823; 325:1744; 329:899 y 4741). En ese sentido, los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (CS, Fallos: 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros). En tal contexto, no puede desconocerse 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 (CS, Fallos: 329:3493)". Para terminar indicando "Que, en tales condiciones, la decisión de la Corte local de no considerar los fundamentos de la actora tendientes a demostrar que la res. 35/09 —en cuanto aprobó el Informe de Impacto Ambiental en forma condicionada— era manifiestamente ilegal y arbitraria y que, en consecuencia, el amparo resultaba ser la vía idónea para cuestionar este aspecto de la pretensión y evitar así un daño inminente al medio ambiente, no constituye un acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias, por lo que corresponde su descalificación (CS, Fallos: 325:1744)".

(58) CS, 19/12/2008, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 331:2797; CS, 29/12/2008, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 331:2925; CS, 26/03/2009, "Salas Dino y otros c. Salta, Provincia y Estado Nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663; CS, 14/09/2010, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo. Juicio originario", S.1144, L.XLIV, CS, Fallos: 333:1784.

(59) CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas", CS, Fallos: 339:515; CS, 21/12/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:1732.

(60) CS, 02/03/2016, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y Otros s/ Acción de amparo", CS, Fallos: 339:201.

(61) 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", CS, Fallos: 340:1193.

(62) Como ya lo establece desde 2006 la Corte Nacional para todos los temas ambientales en CS, 20/06/2006, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros", CS, Fallos: 329:2316, y luego se confirma para el tema específico del EIA en CS, 02/03/2016, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", CS, Fallos: 339:201.

de normas aplicables al caso que, por un lado, exigen la emisión de la declaración de impacto ambiental en forma previa al inicio de las obras" **(63)**, y antes en "Salas" 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. 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" **(64)**.

También en "Mamani" **(65)** se señala que "para ello, como se sostuvo en "Martínez" (arg. CS, 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" **(66)**.

VII.2. Noción básica y fundamental de impacto ambiental

Más adelante se encuentran diseminados diferentes aspectos de lo que debe considerarse como impacto ambiental. Sin embargo, consideramos necesario brindar aquí una noción básica y fundamental. La que, por lo recién indicado, se completa con los restantes enfoques, objetivos, elementos y pautas que se abordan en los puntos siguientes.

En ese sentido entendemos que la noción de impacto ambiental surge básicamente (pero no exclusivamente) de "Salas" del 26/03/2009 y de "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" del 26/04/2016.

En "Salas" del 26/03/2009 la Corte Federal 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 indicando además que "el estudio referido deberá ser realizado por la Provincia de Salta, en forma conjunta con la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, la que deberá resguardar el respeto de los presupuestos mínimos en la materia. Asimismo, se deberá dar amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada. Dicho estudio deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo de la tala y desmonte señalados, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes. Deberá proponer asimismo una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras" **(67)**.

En "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" del 26/04/2016 se determina que las "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" **(68)**.

Por otro lado, en ninguno de esos fallos faltan las claras referencias a "el ambiente en

(63) CS, 02/03/2016, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", CS, Fallos: 339:201.

(64) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663.

(65) 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", CS, Fallos: 340:1193.

(66) 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", CS, Fallos: 340:1193.

(67) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663.

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

general" **(69)**; ni a "alterar un amplio ecosistema" **(70)** o al "ecosistema de toda la zona" **(71)**.

Con esto último la noción adquiere una doble dimensión, ya que no solo deben medirse las consecuencias y alteraciones enfocadas en cada elemento particular —con un abordaje fraccionado—, sino que debe también completarse incluyendo un enfoque más amplio —o integral y sistémico—, considerando todo el ambiente en general (o el ecosistema o sistema ecológico) al que pertenecen cada micro bien (como el agua, flora, fauna, paisaje, salud de la población).

Así se exige sumar al enfoque individualizado en cada micro bien ambiental otro, que podemos definir como centrado en el "macrobien ambiente" que requiere un abordaje desde el ambiente en general y del ecosistema de la zona **(72)**. Recuérdese que Cafferatta y Pablo Lorenzetti distinguen entre macrobien ambiente y microbien ambiente **(73)**, y Ricardo Lorenzetti y Pablo Lorenzetti enseñan que se suma al enfoque fraccionado una mirada dinámica y relacional como subsistemas dentro del sistema ambiental **(74)**, donde un micro bien ambiental es un subsistema ambiental **(75)**.

Como síntesis de los fallos referidos, y de lo expresado, podemos indicar estos elementos como básicos de la noción de impacto ambiental:

a. Se enfoca en las "consecuencias" que por las "alteraciones" se "puedan producir" **(76)**. Incluso las que aparezcan como consecuencias acumulativas **(77)** que pueden surgir por otras autorizaciones, otras obras, otros emprendimientos.

b. Se enfoca en dos dimensiones, ya que comprende las consecuencias que se puedan producir por alteraciones ambientales:

- en uno o varios bienes ambiental, o micro bienes ambientales. La Corte en sus fallos menciona varios de ellos: el clima, el paisaje, el agua, la flora, la fauna, el paisaje, la salud (tanto de la población actual como de las generaciones futuras).

- en el macrobien ambiente, o ecosistema en general, o sistema ecológico.

c. Exige un abordaje y evaluación de tipo acumulativo. Como explican Ricardo Lorenzetti y Pablo Lorenzetti "el paradigma ambiental confiere preeminencia a la acción colectiva, porque, al contrario de lo que ocurre con la economía clásica, lo que interesa es el efecto acumulativo de las acciones individuales" **(78)**.

De tal forma las mediciones, el análisis, las predicciones y las evaluaciones deben contem-

(69) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663.

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

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

(72) 04/06/2019, "Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", CS, Fallos: 342:917. En esa sentencia el Máximo Tribunal aplica decididamente el modelo de sistema ambiental con subsistemas ambientales cuando entendió que "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".

(73) CAFFERATTA, Néstor A. - LORENZETTI, Pablo, "Hacia la consolidación del Estado de derecho ambiental. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", SJA 07/11/2018; JA 2018-IV; Cita Online: AP/DOC/509/2018.

(74) LORENZETTI, Ricardo L. - LORENZETTI, Pablo, "Derecho Ambiental", ob. cit., p. 248.

(75) LORENZETTI, Ricardo L. - LORENZETTI, Pablo, "Derecho Ambiental", ob. cit., 219.

(76) Como queda claro con la sola lectura de CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:515.

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

(78) LORENZETTI, Ricardo L. - LORENZETTI, Pablo, "Derecho Ambiental", ob. cit., p. 39.

plar el efecto o dimensión acumulativa de otras obras, autorizaciones, de otros permisos y emprendimientos o actividades. Así a cada impacto ambiental se le deben acumular los que pueden causar —o causan— autorizaciones ya otorgadas o autorizaciones pedidas, pero aún no otorgadas, y acumular también las obras ya hechas o iniciadas, y los emprendimientos o actividades en vías de realización o ya en actividad.

d. Requiere una interpretación coherente con los objetivos del EIA, que ya fueron descriptos al inicio de este trabajo, a saber: la "protección de los bienes ambientales" **(79)**, asegurar la sustentabilidad **(80)**, la prevención del daño futuro **(81)** y, como se verá, proteger a las generaciones futuras **(82)**, no solo a las actuales.

VII.3. El objeto y materia a medir y discutir son las consecuencias que las alteraciones pueden producir

La Corte Federal define en "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" con amplitud preventiva y protectoria la materia, o el objeto, de todo EIA. Ello sucede cuando se expresa que las consecuencias de una obra o emprendimiento "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" **(83)**.

En síntesis, el objeto del EIA son: las consecuencias —que puedan producirse— por las "alteraciones".

El término utilizado "alteraciones" reviste gran importancia, pues tiene la virtud de colocar los estudios y evaluaciones del EIA en una frontera anterior al "daño", al "perjuicio" y a la "afectación".

O, dicho de otra manera: el término alteraciones engloba a los daños y afectaciones, pero también abarca las consecuencias de situaciones o circunstancias de menor compromiso ambiental: como los trastornos, o cambios, o incidencias, aunque no lleguen a medirse como daños o afectaciones.

De esa manera la Corte Federal coloca al EIA una regla de vigorosa optimización de la protección ambiental, al ampliar notablemente el espectro de situaciones y circunstancias que quedan bajo estudio, evaluación, predicción y discusión pública.

Lo que se confirma también cuando en esa misma sentencia de "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" **(84)** se expresa que dichas alteraciones han de ser "adecuadamente medidas". Así se define el modo y la forma de evaluación, ya que solo será adecuado si, por un lado se respetan los objetivos y pautas que se establecen en todos los fallos relativos al EIA de la Corte Suprema, ya indicados **(85)**, y por otro por cuanto el modo y forma de medición, estudio y evaluación debe evidenciar que ha sido ser reflexivo, serio y científico (además de participativa) como se exige en "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" y en "Martínez" **(86)**.

(79) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663

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

(81) CS, 02/03/2016, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", CS, Fallos: 339:201.

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

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

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

(85) Que surgen de CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:515; CS, 02/03/2016, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", CS, Fallos: 339:201; 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", CS, Fallos: 340:1193.

(86) CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:515; CS, 02/03/2016, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC

VII.4. Probabilidades, no certezas

Profundizando esa línea de optimización de la tutela ambiental la Corte Nacional no exige que las consecuencias que provengan de las alteraciones se evidencien con certeza. Bastara con que "puedan producirse" o se muevan dentro de la identificación de "márgenes de probabilidades".

Suma así un nuevo aditamento, a la pauta amplia y abarcativa de "alteraciones", para optimizar la función protectoria del EIA.

La medición de todo EIA debe abarcar las probabilidades, las potencialidades, no debe ceñirse solo a certezas, como surge tanto de "Salas" de 26/03/2009 **(87)** donde se expresa: "deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale..." y también en "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" cuando por se señala que deben medirse las consecuencias en el ambiente que las "alteraciones que puedan producir" **(88)**. Lo mismo surge de la referencia a que la obra posee un "potencial" de modificación sobre el ecosistema **(89)**.

VII.5. La suficiente relevancia

Cuando la Corte nacional indica en "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" que "en consecuencia, existe evidencia de obras con suficiente relevancia como para alterar un amplio ecosistema, por lo que se hace necesario asegurar la sustentabilidad del desarrollo" **(90)** está sin duda colocando otra pauta que define a todo EIA.

Este enunciado del fallo determina que no cualquier emprendimiento u obra, puede producir impactos de suficiente relevancia como para conformar un EIA. O bien que justifiquen un Acto Administrativo prohibitivo.

Se trata por lo tanto de un elemento que disciplina la obligatoriedad del EIA. Y a la vez limita el concepto de impacto ambiental, ya que no cualquier alteración será un impacto ambiental a los efectos de un EIA, sino solo las que tengan una suficiente relevancia.

La noción precisa de "suficiente relevancia" proviene del entramado protectorio del ambiente que definen las definiciones y enfoques de los propios fallos de la Corte Nacional. Por tal razón no debe exigirse con un grado de certeza, sino de probabilidad por cuanto el propio fallo determina que se han de medir adecuadamente las alteraciones que se "puedan producir" **(91)**, lo que se confirma con "Salas" **(92)** cuando determina que se deben identificar márgenes de probabilidades.

Por otro lado, que se exija una "suficiente" relevancia descarta grados más exigentes de relevancia. Se descarta entonces que se exija una relevancia "grave" o "importante" o "indudable" o "alta": basta con que sea "suficiente". Se trata del más bajo y mínimo umbral de relevancia. Consideramos que se trata de un grado de relevancia ínfima **(93)**.

Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", CS, Fallos: 339:201.

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

(88) En "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia", del 26/04/2016 la Corte expresa: "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". CS, Fallos: 339:515.

(89) Eso surge de la parte del fallo que utiliza el término "potencial" cuando indica que se trata de "obras de una magnitud considerable, con un gran potencial para modificar el ecosistema de toda la zona". CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:515.

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

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

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

(93) Ricardo Lorenzetti y Pablo Lorenzetti cuando abordan el tema del daño ambiental destacan —entre otros conceptos— que resulta de utilidad, a la hora de definir si el mismo es relevante - y por ello fuente de responsabilidad— el concepto jurídico de normal tolerancia y entonces "Bajo este prisma, existiría un umbral mínimo de aceptación de modificaciones negativas al ambiente

En la interpretación de esta exigencia adquieren importancia central los principios ambientales, en la medida que informan todo el procedimiento EIA —como ya se dijo—. Sin duda son centrales el principio preventivo y el precautorio, pero además los principios de equidad intergeneracional y muy especialmente el principio *in dubio pro natura* **(94)**.

VII.6. Las generaciones futuras. Abarca tanto las alteraciones actuales como también las que puedan producirse a las generaciones futuras

Es ineludible y central, para todo EIA, la adecuada medición, análisis, reflexión, evaluación y predicción de las consecuencias que las alteraciones puedan producir en las generaciones futuras. De tal forma a la dimensión intrageneracional se agrega la intergeneracional.

Se trata de, como explica Sozzo, que los operadores del derecho "incorporen el colectivo *generaciones futuras* en su razonamiento" **(95)**. La importancia de las generaciones futuras en el EIA es por demás evidente apenas se recuerda que el mismo autor, luego de indicar que las generaciones futuras son un nuevo sujeto en el campo del derecho que es "colectivo y transtemporal" **(96)**, afirma que "esta idea de un sujeto transtemporal pude ser empleada para descubrir una dimensión futuras de los conflictos presentes" **(97)**.

Tal pauta de evaluación, enfoque y análisis transtemporal, a través de las generaciones futuras se encuentra para el EIA claramente determinada en tres sentencias del Máximo Tribunal: "Salas", "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia "y "Mamani".

Solo puede concluirse que también las alteraciones, afectaciones y daños que puedan padecer las generaciones futuras ha de ser materia de discusión en la etapa de participación.

En "Salas" se determina que el estudio de impacto ambiental "deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras" **(98)**.

En "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia "que las "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" **(99)**.

En "Mamani" se indica que "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 ma-

por debajo del cual no habría daño, ya que se trataría de actividades cuyo impacto es ínfimo...". LORENZETTI, Ricardo L. - LORENZETTI, Pablo, "Derecho Ambiental", ob. cit., p. 324.

(94) CS, "Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental", la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 11/07/2019 fallo que expresa: "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)".

(95) SOZZO, Gonzalo, "Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado", Rubinzal-Culzoni, 2019, p. 501.

(96) SOZZO, Gonzalo, "Derecho Privado Ambiental..." ob. cit., p. 501.

(97) SOZZO, Gonzalo, "Derecho Privado Ambiental..." ob. cit., p. 501.

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

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

nera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras" **(100)**.

En este tema no puede dejar de mencionarse que la Corte de Mendoza a través del voto de la jueza Kemelmajer de Carlucci, en un caso referido a la validez y corrección de una EIA, destacó que se exige considerar en este procedimiento que el proyecto propuesto "de modo alguno implique una hipoteca al futuro" **(101)**.

VII.7. El acto administrativo que finalice el EIA solo puede aprobar o desaprobar. No puede ser condicional

La Corte nacional determina que al Acto Administrativo que finalice el EIA está limitado a aprobar o desaprobar. Ello significa que en el EIA no puede dictarse un acto administrativo condicional. Paralelamente ello determina un Acto Administrativo de carácter reglado para el EIA.

Así queda claro en "Martínez" y en "Mamani". En "Martínez" cuando expresamente se indica que "... el superior tribunal provincial omitió el análisis de normas aplicables al caso que, por un lado, exigen la emisión de la declaración de impacto ambiental en forma previa al inicio de las obras; y por el otro, al disponer en forma expresa que la administración debe aprobar o rechazar los estudios presentados, se limitan a conferirle facultades regladas en este aspecto, que no incluyen la potestad de admitir tales evaluaciones en forma condicional" **(102)**.

El acto administrativo que finalice un EIA solo tiene, entonces, dos opciones decisorias: aprobar o rechazar la obra (o el emprendimiento), por lo que no puede haber una aprobación en forma condicionada o condicional, como se expresa en "Mamani" **(103)**: "al tiempo que no se admite que la autorización estatal se expida en forma condicionada (ley 26.331, arts. 18, 22 y ss.; ley 25.675, arts. 11 y 12)". Y seguidamente agrega "la administración debía aprobar o rechazar los estudios presentados, pero no incluían la potestad de admitir tales evaluaciones en forma condicionada".

Aquí opera decididamente el principio de legalidad ya que la aprobación condicionada no se adapta ni cumple con la normativa de la LGA, tal como surge de "Martínez" y en "Mamani" **(104)**.

VII.8. El EIA debe ser reflexivo, serio, científico y participativo

El Máximo Tribunal regla el modo —y la forma— que rige el EIA. Y ello obliga a la Administración Pública. Así lo hace cuando, por ejemplo, indica que deben cumplir con los postulados del principio precautorio como surge de

(100) 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", CS, Fallos: 340:1193.

(101) SCJ Mendoza, 20/12/2004, "Municipalidad de Luján de Cuyo c Provincia de Mendoza s/ conflicto de poderes", Revista de Derecho Ambiental-Lexis Nexis, nro. 2, abril-junio 2005, ps. 183 y ss.

(102) CS, 02/03/2016, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", CS, Fallos: 339:201.

(103) 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", CS, Fallos: 340:1193.

(104) En "Martínez" la Corte nacional expresa: "el Superior Tribunal provincial omitió el análisis de normas aplicables al caso que, por un lado, exigen la emisión de la declaración de impacto ambiental en forma previa al inicio de las obras; y por el otro, al disponer en forma expresa que la administración debe aprobar o rechazar los estudios presentados, se limitan a conferirle facultades regladas en este aspecto, que no incluyen la potestad de admitir tales evaluaciones en forma condicional. Concretamente, no tuvo en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en la ley 25.675, '(t)oda 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' (art. 11) y que, según dicha norma, es deber de las autoridades competentes '... emitir una declaración de impacto ambiental en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios presentados' (art. 12)". CS, 02/03/2016, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", CS, Fallos: 339:201. En igual sentido 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", CS, Fallos: 340:1193.

"Salas" **(105)**, o bien cuando determina que el acto administrativo solo puede aprobar o rechazar la obra o emprendimiento, y no puede dictarse de manera condicional **(106)**.

Pero en este punto queremos resaltar que la Corte Federal también regla el modo —y la forma— que rige el EIA, y por tanto obliga a la autoridad administrativa, cuando indica que la instancia administrativa del EIA debe ser reflexiva, seria, científica y participativa.

Esto nos lleva a afirmar que en el caso que no se cumplan tales exigencias no será un EIA, sino su simulacro.

En efecto, en "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia" el Máximo Tribunal indica que "es necesario asegurar que se haya evaluado de modo serio, científico y participativo su impacto ambiental" **(107)**, y en "Mamani" señala que "para ello, como se sostuvo en 'Martínez' (arg. CS, 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" **(108)**.

De tal forma el EIA es una instancia administrativa, o una etapa de evaluación administrativa, que debe cumplir, obligatoriamente, con esos requisitos y exigencias. Es decir, en tanto instancia administrativa, la seriedad, la reflexión y el método científico serán pautas regladas que, obligatoriamente, debe cumplir el funcionario público al medir, analizar, evaluar, predecir y fundamentalmente al decidir en todo EIA, contemplando además debidamente los resultados de la participación.

Resulta valioso que el Máximo Tribunal no haga una referencia expresa a lo técnico, pues de allí se infiere que —como debe ser— lo técnico queda subsumido a los abordajes científicos, reflexivos, serios y participativos. Como ejemplo se puede indicar que las mediciones no se pueden reducir a unas cuestiones técnicas, meramente numéricas o cuantitativas de obtención de datos y comparación con pautas cualitativas, sino que esos datos requieren un análisis, predicción, estudio, evaluación y discusión, de tipo científica, reflexiva, seria, y participativa.

No solo las mediciones, ni la obtención y análisis de datos, quedan regladas por las exigencias de lo científico, de la seriedad, la reflexión y la participación: también estas exigencias reglan todos —y cada uno— de los trámites y actuaciones realizadas en la instancia administrativa EIA.

En otro orden, tales exigencias tanto deben corroborarse cumplidas por separadas, de manera independiente, pero a la vez están interrelacionadas.

Así, por un lado, y a solo título de ejemplo puede indicarse que la seriedad estará también definida por el carácter científico y participativo; la calidad y metodología científica deberá abastecer la exigencia de seriedad y reflexión, y por otro lado muchos de las exigencias para el modo —y forma— de actuación científica (que se verán seguidamente refiriendo las enseñanzas de Bunge) también definen lo reflexivo, y lo serio.

Mario Bunge cuando describe al conocimiento científico explica que el conocimiento científico es fáctico, ya que parte de los hechos y siempre vuelve a ellos, y los enunciados facticos confirmados se denominan *datos empíricos,* que son materia prima de la elaboración teórica. Una subclase de los datos empíricos son los *cuantitativos*: datos numéricos conforme a tablas. Toda esta información debe incorporarse a *teorías* para transformase en una herramienta para la inteligencia y la aplicación. Por otro lado, no siempre es posible ni siquiera deseable respetar enteramente a los hechos cuando se

(105) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado nacional s/ amparo", CS, Fallos: 332:663.

(106) CS, 02/03/2016, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", CS, Fallos: 339:201.

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

(108) 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", CS, Fallos: 340:1193.

los analiza y no hay ciencia sin análisis. Nunca se aprende del objeto tal cual es, sino tal como queda modificado según las propias operaciones técnicas. El conocimiento científico trasciende los hechos: descarta hechos, produce nuevos hechos y los explica, selecciona de los hechos percibidos los que considera relevantes. La ciencia da cuenta de los hechos no inventariándolos, sino explicándolos por medio de hipótesis y sistemas de hipótesis (teorías). Los científicos conjeturan que hay detrás de los hechos observados, racionaliza la experiencia. La ciencia es analítica, comienza descomponiendo sus objetos a fin de descubrir sus mecanismos internos, pero no se detiene allí pues hace un examen de la interdependencia de sus partes, y la etapa final es la tentativa de reconstruir el todo en términos de sus partes interconectadas. Persigue lo claro y preciso, comunicable, verificable sistemático, un sistema de ideas conectadas lógicamente entre sí. Además de general y explicativo, es predictivo, imaginando como ha sido el pasado y como podrá ser el futuro. Se caracteriza por su perfectibilidad antes que por su certeza **(109)**.

Tales lineamientos no solo describen y definen lo científico, sino que —además— en su gran mayoría también describen e ilustran con relación a las características de lo reflexivo y de la seriedad que se exige en todo EIA.

A esto se suma que, simultáneamente, todo el entramado de nociones, reglas, pautas y elementos que emergen de la jurisprudencia de la Corte Nacional relativas al EIA analizada en este trabajo, también ilustran y describen las exigencias de reflexión, seriedad, y carácter científico. En concreto para que tales exigencias queden debidamente abastecidas, cuando menos se debe contemplar, analizar, evaluar, definir y predecir: las consecuencias que se pueden producir (como probabilidad) por virtud de las alteraciones (no solo de los daños); desde un enfoque que tiene por finalidad tutelar al ambiente, la calidad de vida de los seres humanos y asegurar la sustentabilidad (no solo el no-daño o la no-alteración); evaluando todos y cada uno de los elementos que componen el concepto de impacto ambiental, y proponiendo soluciones **(110)**.

Resulta importante señalar, para completar el sentido de las exigencias de reflexión y seriedad, lo que recuerda Cafferatta: "Hace años atrás, el doctor José Catoggio prestigioso científico argentino, Director del Centro de Investigaciones del Medio Ambiente de la Facultad de Ciencias Exactas de la Universidad de La Plata, decía en un reportaje que le realizara una revista de publicación industrial, que "el medio ambiente a todo nivel es un problema básicamente de escalas de valores, de filosofía de vida, de ética, de toma de conciencia que trasciende totalmente los costos económicos y las ventajas de lucro o recupero" **(111)**.

Debe agregarse que el sentido, el alcance y el modo de las exigencias de reflexión, seriedad, carácter científico y participación lo definen e imponen los principios ambientales.

Principalmente el principio *in dubio pro natura* que ha quedado establecido en "Majul" **(112)**, el precautorio y preventivo, el de

(109) BUNGE, Mario, "La ciencia, su método y su filosofía", Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1992, ps. 16-31.

(110) Todo ello surge de CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia de Santa Cruz y otros s/ amparo ambiental", CS, Fallos: 339:515 y CS, 26/03/2009, "Salas Dino y otros c. Salta, Provincia y Estado Nacional s / amparo", CS, Fallos: 332:663, además de las otras citadas.

(111) CAFFERATTA, Néstor, "Abuso del derecho contra el ambiente", Revista Electrónica de Derecho Ambiental, 36, julio de 2020, número ordinario y especial publicación comunicaciones del congreso homenaje a Ramón Martín Mateo VIII Congreso Nacional de Derecho Ambiental.

(112) CS, "Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental", la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 11/07/2019, cita CS, Fallos: 342:1203. Allí la Corte expresa "corresponde recordar que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solo los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (CS, 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. 4º 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

progresividad y el que sintetiza la necesidad de contemplar las consecuencias en las generaciones futuras, evitando las negativas.

Excede los fines de este trabajo adentrarnos más en tales exigencias, lo que no podemos dejar de indicar es que la exigencia de la participación reviste gran importancia como se refleja en "Mamani", donde la Corte Federal decreta la nulidad del Acto Administrativo. Ello así pues en esa sentencia aparece la falta de audiencia pública como vicio del procedimiento **(113)**.

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)".

(113) El Máximo Tribunal señala "Que, finalmente, no surge de las constancias de la causa que se hayan celebrado las audiencias públicas antes del dictado de las resoluciones cuestionadas, sino que únicamente existe prueba de la publicación realizada en el Boletín Oficial provincial, en oportunidad del dictado de la res. 239-DPPAyRN-2009. Al respecto, la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes el derecho a gozar de un ambiente sano y el acceso a la información ambiental (art. 41). De su lado, la ley 25.675 General del Ambiente establece que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente (art. 19); al tiempo que para concretar ese derecho, la norma regula el deber de las autoridades para institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades que puedan tener efectos negativos sobre el ambiente (art. 20), haciendo especial énfasis en la participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio (art. 21)". 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", CS, Fallos: 340:1193.

VIII. Cierre: un EIA dentro del paradigma ambiental

Ante un daño ambiental, que es por su propia naturaleza grave e irreversible **(114)**.

Resulta de enorme importancia la jurisprudencia de la Corte Federal relativa al EIA analizada, en la medida que decididamente persigue prevenir, eficaz y efectivamente, antes de iniciada cualquier obra —o actividad o emprendimiento—, la producción del daño ambiental.

Queda así definido un EIA que realmente cumpla con sus fines, logrando la prevención del daño ambiental, antes que acontezca, asegurando así —paralelamente— la sustentabilidad futura.

Cafferatta y Pablo Lorenzetti explican que "el paradigma ambiental actúa como fundamento para propiciar la adecuación del ejercicio de los derechos individuales a las premisas derivadas de los bienes comunes. Esta circunstancia implica una variación sustancial en la concepción clásica según la cual los derechos individuales podían disfrutarse prácticamente de un modo absoluto, sin posibilidad de que la normativa de derecho público ni la proveniente de la teoría de los derechos fundamentales intervenga para moldear o limitar la autonomía privada" **(115)**.

Se consolida, en definitiva, un EIA que se inscribe decididamente dentro del paradigma ambiental. Centrado en la defensa de los bienes comunes, transitando el camino de modelar y limitar los derechos individuales en pos de tutelar lo colectivo y a las generaciones futuras tanto como a las actuales.

(114) Cafferatta y Pablo Lorenzetti indican que "los daños ambientales —en general— son graves e irreversibles". CAFFERATTA, Néstor A. - LORENZETTI, Pablo, "Hacia la consolidación...", ob. cit.

(115) CAFFERATTA, Néstor A. - LORENZETTI, Pablo, "Hacia la consolidación...", ob. cit.

Evaluación ambiental estratégica: herramienta destinada a mejorar los procesos de toma de decisiones

Andrea P. Perrone (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Metodología.— III. Marco conceptual de la evaluación ambiental estratégica.— IV. Condiciones legales e institucionales para la aplicación de la EAE en la Argentina.— V. Conclusión.

I. Introducción

En primer lugar, es menester destacar que en los últimos tiempos, en el ámbito del derecho ambiental, ha habido un avance significativo en materia de instrumentos de política y gestión ambiental que tienen como fin incidir en la búsqueda de mejores opciones para alcanzar el ideal de desarrollo sostenible, entendiéndose este como "aquel desarrollo capaz de atender a la necesidad de la generación presente sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades" **(1)**.

Dentro de ese escenario, el particular y dinámico avance que se observa con relación a la problemática ambiental, juntamente con la mayor toma de conciencia general (entes públicos o privados, organismos internacionales, comunidades, ONG, etc.) sobre los alcances reales del impacto ambiental y la aceptación en todos los ámbitos acerca de la transversalidad de esta materia, obligan a que los clásicos institutos e instrumentos evolucionen, muten, se multipliquen y adapten a fin de otorgar soluciones efectivas acordes a las necesidades actuales **(2)**.

Es de notorio conocimiento que el ambiente como bien jurídico protegido presenta características singulares que suponen que su protección difícilmente pueda ser lograda efectivamente con las clásicas concepciones e instrumentos del derecho. Entre estas singularidades, encontramos la dificultad de reparar los daños que se producen al ambiente. Lo que conlleva que sea necesario adoptar instrumentos de advertencia temprana, basados en los principios preventivo y precautorio, que en este contexto se constituyen en pilares fundamentales de todo el ordenamiento jurídico ambiental **(3)**.

También cabe recordar que el derecho al ambiente ha sido incluido dentro de los derechos de incidencia colectiva, es decir, un derecho compartido entre todos los integrantes de la sociedad, lo que le otorga una impronta preeminentemente social y consecuentemente deriva en un interés de la comunidad en participar y

(*) Abogada (UBA). Mediadora (Fundación Americana Interdisciplinaria). Diplomada en Tecnologías y Derecho Aplicados a Procesos Ambientales (ITBA). Especialista en Derecho Ambiental (UBA).

(1) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, "Informe Brutland: Nuestro futuro común (*Our Common Future)*", 1987.

(2) RINALDI, Gustavo, RDAmb, *http://thomsonreuterslatam.com/2012/05/doctrina-del-dia-la-evaluacion-ambiental-estrategica/*.

(3) CAFFERATTA, Néstor A., "Principio precautorio en el derecho argentino y brasileño", RDAmb, nro. 5, Ed. LexisNexis, enero/marzo 2006, ps. 67-98; "Principios de derecho ambiental", JA 2006-II, 114.

conocer sobre las situaciones que puedan afectar el goce de aquel **(4)**.

De ahí es que la surge la necesidad de introducir un estudio ambiental estratégico, posibilitando la integración de los factores ambientales.

Dentro de la reciente tradición de nuevos instrumentos de gestión ambiental destaca la relevancia más o menos reciente de la llamada EAE —*evaluación ambiental estratégica*—, que, por una parte, trasciende la práctica de evaluar impactos de proyectos aislados (modelística EIA, que se viene aplicando en Argentina) independientemente del tamaño de estos y, por otra, emerge como un mecanismo que intenta considerar los efectos colaterales y no previstos que son producidos por diferentes políticas públicas.

La EAE es una herramienta conocida globalmente y que ya ha sido puesta en práctica por muchos países y regiones de todo el mundo.

El Banco Mundial, en un documento interno de 1997, indica que la EAE consiste en una aproximación participativa para posicionar en el centro de la toma de decisión los aspectos ambientales y sociales e influir en la planificación del desarrollo, la toma de decisiones y los procesos de implementación a nivel estratégico **(5)**.

La Comisión Económica para Europa, hacia el 2003, define la EAE como: "...la evaluación de los efectos probables sobre el medio ambiente, incluida la salud, que comprenda la delimitación del ámbito de un informe medioambiental y su elaboración, la puesta en marcha de un proceso de participación y consulta del público y la toma en consideración, en un plan o un programa, del informe medioambiental y de los resultados del proceso".

La intención es imponer que las implicaciones ambientales fueran consideradas en la toma de decisiones. Esta evaluación ambiental puede ser desarrollada según una orientación estratégica cuyo objeto es determinar un conjunto de decisiones que actúen en los procesos de concepción y elaboración de estrategias de desarrollo para un determinado territorio.

Por tanto, la EAE es un instrumento preventivo de gestión ambiental orientado a integrar primero el medio ambiente en el proceso de formulación de políticas, planes y programas (PPP) y verificar después la realidad de ello. La integración consiste en incorporar, desde el principio, sensibilidad, criterio, conocimiento y compromiso ambiental al proceso de elaboración de PPP, con el fin de que la decisión pública al respecto sea lo más acertada posible. La verificación comporta dos facetas: la comprobación de que efectivamente se ha hecho un esfuerzo de integración ambiental en la elaboración de PPP y la evaluación del resultado conseguido. Esta evaluación se realiza a través de la identificación, valoración, prevención y seguimiento de los impactos que se producirían en caso de que llegue a ejecutarse ese programa, plan o política.

Según Dalal-Clayton y Sadler, la fase de formalización de este instrumento arranca a inicios de la década de los noventa, pudiéndose hablar a partir de 2001 de una fase de expansión a escala internacional **(6)**.

Si bien podemos coincidir inicialmente en que es un proceso proactivo tendiente a fortalecer el rol de la cuestión ambiental en el proceso de adopción de decisiones estratégicas, nos encontraremos con que ha tenido una evolución diversa y sujeta a diferentes interpretaciones.

Está versatilidad para adaptarse trae aparejada una dificultad en encontrar una definición precisa y única, lo que podría resultar un inconveniente a la hora de su implementación, generando confusión en torno suyo y en particular en aquellos, como por ejemplo los políticos y gobernantes, que no son expertos en el tema y

(4) RINALDI, Gustavo, ob. cit.

(5) JILIBERTO, R., "Evaluación ambiental estratégica, una evolución de la decisión al diálogo", Ed. Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, 2009, *https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/7/40547/EAE_de_la_decision_al_dialogo RJiliberto.pdf.*

(6) DALAL, B. — SADLER, B., "Strategic Environmental Assessment. A sourcebook and reference guide to international experience", Ed. Earthscan, Londres, 2005.

que finalmente deberían aplicarlo efectivamente en sus procesos decisorios **(7)**.

Sí podríamos afirmar que tiene una pretensión de intervenir en los PPP que puedan tener algún impacto relevante en el ambiente, entendiéndose que "política" es un curso de acción general, o una dirección genérica propuesta, que un gobierno adopta o adoptará, y que orienta la toma de decisiones permanente. Mientras que un "plan" es una estrategia o diseño que busca un resultado y está orientado al futuro, frecuentemente con prioridades, opciones y medidas coordinadas que detallan e implementan la política, y que un "programa" es una agenda coherente y organizada, referente a compromisos, propuestas, instrumentos y/o actividades que detallan e implementan la política.

El enfoque estratégico de la EAE está ligado a interactividad, dinamismo y complejidad en las decisiones. Se reconoce con ello que, en la formulación e implementación de políticas públicas, convergen múltiples actores con valores, preferencias y objetivos que necesitan ser analizados en una perspectiva de largo plazo. Ello permite aprovechar las oportunidades existentes y evitar situaciones de conflicto potencial o evidente. Asimismo, los problemas vinculados a decisiones estratégicas son complejos; a menudo también existe incertidumbre tanto sobre sus contenidos y causas así como sobre sus implicancias y capacidades de respuesta. La EAE se desarrolló básicamente ante una sociedad que necesita instrumentos para la inclusión de las cuestiones ambientales en planeamientos de largo plazo y en aproximaciones sustentables por encima de las decisiones a nivel de proyectos.

Este requerimiento, sin embargo, se ha visto influido por la experiencia disponible en la evaluación de impacto ambiental (EIA) de proyectos, razón por la cual uno de los mayores desafíos en su utilización ha sido establecer la diferenciación entre ambos procesos.

Los instrumentos de advertencia temprana, como la EAE, deben facilitar el cumplimiento anticipado de criterios, principios y lineamientos de política ambiental, con el propósito de asegurar que una decisión sea sustentable a lo largo del tiempo. La literatura internacional señala a las decisiones estratégicas como el foco de atención de la EAE, demandando la inclusión de los tomadores de decisión para transformarla en un ejercicio con efectos concretos. Para ello, son necesarios esfuerzos sustantivos que consideren tanto la amplia diversidad de contextos institucionales, que van desde sus distintas instancias de gestación, formulación y aprobación hasta los ámbitos temáticos y territoriales, como las capacidades políticas, técnicas y operativas asociadas a los contextos de implementación.

La EAE, si bien ha tenido aplicaciones a nivel internacional, aún se encuentra en una etapa inicial de implementación tanto en nuestro país como en América Latina y el Caribe, por lo cual para poder avanzar en ello es necesario reflexionar con cierto detenimiento sobre qué es y qué significa este instrumento en el marco de la política y gestión ambiental de un país. Este trabajo constituye un intento de evaluar los últimos avances de la EAE y su importancia como herramienta de ayuda a la toma de decisiones estratégicas, con el fin de vislumbrar tanto las potencialidades que el instrumento tiene para "ambientalizar" las políticas públicas, cuanto las dificultades de gobernabilidad y toma de decisiones que semejante posibilidad instala dentro de los Estados, lo cual obliga a que estos definan con precisión sus metas ambientales, que a menudo divergen de o colisionan con las políticas sectoriales convencionales.

En este sentido, esta tesina se propone clarificar el aporte efectivo que puede hacer esta herramienta a la eficacia de las políticas públicas, lo que implica obviamente una mejor incorporación de su dimensión ambiental y de sostenibilidad, pero también un fortalecimiento de la gobernabilidad, tomando como eje la deliberación el diálogo, la negociación y la cooperación.

II. Metodología

La metodología que se ha seguido en esta investigación es principalmente cualitativa; se partió de los estudios precedentes en el tema, con el alcance y limitaciones que este ha tenido a lo largo de los años. Se realizó una revisión bibliográfica de documentos relevantes para la

(7) RINALDI, Gustavo, ob. cit.

comprensión teórica del tema. En esta perspectiva, se pretende analizar la experiencia de investigaciones, consultorías y guías realizadas en la Unión Europea, específicamente en España y algunos países de Latinoamérica.

El diseño metodológico se basa en la recopilación, análisis bibliográfico de investigaciones, guías, legislación, jurisprudencia sobre la EAE en la Unión Europea y España, países de Latinoamérica y la Argentina.

III. Marco conceptual de la evaluación ambiental estratégica. Antecedentes

III.1. Sobre la EIA

La EIA es el instrumento metodológico para establecer en forma fehaciente el impacto o alteración ambiental de proyectos de obras públicas o privadas. La EIA se origina en los Estados Unidos a fines de la década del 60 del siglo XX, generalizándose su aplicación rápidamente a otros países. Por ejemplo, en la década de los 70, importantes obras de infraestructura en América Latina —por caso, emprendimientos hidroeléctricos— ya contaban con EIA. Hoy, la EIA, aparte de ser un instrumento metodológico de carácter técnico, es también un instrumento legal de aplicación estandarizada prácticamente en todos los países del mundo, independientemente de sus sistemas de gestión económica.

No cabe duda de que la EIA ha demostrado ser un instrumento válido de aplicación para sus fines específicos y probadamente efectivo. Pero tiene limitaciones; la principal: la contradicción —sobre todo en los proyectos de iniciativa privada— entre quien abona el servicio de la realización de una EIA y quien la lleva a cabo. Estamos hablando de una relación entre contratante y contratado o, más claramente, entre consultor y cliente. Más allá de la ética profesional de los consultores contratados para realizar una EIA, es evidente que surgen "zonas grises" o criterios discrecionales al evaluar, por ejemplo, riesgos futuros que puedan tener cierto margen de variabilidad, que pueden afectar los intereses del contratante o del cliente, quien es en definitiva el que abona al consultor.

Respecto a los proyectos de iniciativa pública y al rol del Estado como regulador de los proyectos de iniciativa privada, la cuestión se centra fundamentalmente en el grado de idoneidad y transparencia en el accionar de los funcionarios públicos intervinientes.

III.2. Sobre la EAE

La EAE es el instrumento metodológico compuesto por un conjunto de perspectivas analíticas y de participación con el fin de integrar los aspectos ambientales en las políticas, los planes y los programas y evaluar las interconexiones con los aspectos económicos y sociales (cfr. OCDE DAC, 2007).

También podría expresarse que la EAE configura una perspectiva participativa de cuestiones ambientales, sociales y económicas con el fin de perfeccionar los procesos de planificación, la toma de decisiones y su aplicación a nivel estratégico (cfr. Banco Mundial, 2005).

La EAE también se origina en los Estados Unidos en los años 70 del siglo XX, para luego generalizarse su aplicación en la Unión Europea y el resto del mundo. Según Dalal y Sadler, la fase de formalización de este instrumento arranca a inicios de la década de los noventa, pudiéndose hablar a partir de 2001 de una fase de expansión a escala internacional **(8)**.

Ahora bien, resulta interesante observar que existe una relación inversa entre el origen temporal de ambos instrumentos metodológicos —primero la EIA y luego la EAE— y el orden fáctico aconsejable para su realización: sería primero la EAE y luego la/s EIA.

En efecto, la EAE, en los hechos, podría considerarse como la "hija" de la EIA, a pesar de que esta última se refiere a proyectos puntuales, mientras que la EAE se corresponde con aspectos más generales en el espacio y el tiempo y, sobre todo, estratégicos; esto es, un proceso regulable o conjunto de reglas que aseguren una decisión óptima en cada momento para todos los aspectos y actores involucrados.

Es que la EAE se hizo necesaria por la insuficiencia analítica de la EIA en cuanto a los impac-

(8) DALAL, B. — SADLER, B., "Strategic Environmental Assessment...", ob. cit.

tos ambientales indirectos que son susceptibles de potenciarse en el tiempo o interrelacionarse entre sí, provocando un efecto sinérgico. Esta clase de efectos indirectos se originan debido a que, por lo general, en el caso de la EIA de un proyecto específico, este es reducido al espacio geográfico considerado, así como también al horizonte temporal a tomar en cuenta. O, peor aún, en cuanto al manejo de los tiempos, aparece claramente el conflicto entre el tiempo político (léase, los réditos políticos) y el tiempo social (generaciones futuras) y el tiempo ambiental.

La importancia de la EAE es su capacidad de promover la sostenibilidad en el proceso de desarrollo.

Según Partidário **(9)**, el proceso de la EAE suscita y facilita la compresión de los retos de la sostenibilidad porque incorpora una perspectiva integrada en los momentos iniciales de formulación de políticas y planeamiento. Además, condiciona la discusión de estrategias de acciones y sirve de apoyo y acompañamiento en las decisiones de desarrollo.

Partiendo de la idea de Partidário, se entiende que, como consecuencia de la EAE, en los PPP deberán estar incorporadas cuestiones socioambientales. Y si para alcanzar el desarrollo sostenible es necesaria la integración de las dimensiones ambientales, sociales y económicas en el proceso de decisiones, entonces la EAE tiene un rol importante en ese proceso de desarrollo sostenible. Esa es una de las principales razones por las cuales muchos organismos internacionales, por ejemplo, el Banco Mundial o el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, comprenden la aplicación de la EAE como una forma de alcanzar y poner en práctica los retos de la sostenibilidad.

III.3. EAE y los ritmos de la naturaleza frente a los de la economía y la política

Los aspectos distintivos de la EAE tienen que ver, pues, con la estrategia, la sinergia, la interrelación temática, el tiempo considerado a largo o a muy largo plazo, la "rentabilidad social" o la "rentabilidad ambiental", más que con la rentabilidad económica en su versión estándar, hasta hoy generalizada.

Es inevitable la colisión de la problemática ambiental implícitamente considerada en la EAE y los objetivos económicos de uso en la sociedad moderna. En un caso se pretende el resguardo de los intereses económicos y sociales de la comunidad toda y del ambiente afectado a través del tiempo. En el otro, la búsqueda de beneficios (a veces, desmedidos), generalmente a corto plazo, es lo que prima.

El resultado es que las empresas en cuestión se han visto presionadas —no sin resistencia— para avenirse a disminuir sus efectos contaminantes y prever la penalización a la que se ven expuestas, operando tanto en sus propios países como en otros. Los gobiernos se ven obligados a instituir reglamentaciones cada vez más rigurosas por presión de la propia sociedad, a través de organismos no gubernamentales u organizaciones intermedias y cuyo accionar muchas veces trasciende las fronteras nacionales. Si bien el problema está lejos de haber sido resuelto por el capitalismo, no cabe duda acerca de que contaminar es cada vez menos impune. Finalmente, corresponde volver al problema planteado de la incompatibilidad de los tiempos políticos y los ritmos de la naturaleza o tiempo ambiental. Todos tenemos en claro que la clase política, independientemente de cualquier juicio de valor que podamos expresar, según el caso, tiene como objetivo fundamental la permanencia en el poder. Es por ello que los resultados que se persiguen generalmente se concentran en el corto plazo, dado que la rendición de cuentas ante la ciudadanía se cronograma según el calendario electoral. Hemos explicitado suficientemente que las cuestiones ambientales —en particular una EAE— trascienden en mucho tan exiguo plazo. De allí la importancia de la presión de otros factores de poder que no sean el poder político mismo, más allá del grado de compromiso en asuntos estratégico-ambientales de este último. Con esto me refiero a todas las formas de participación política y social no gubernamentales, pero también a la profundización en los ámbitos educativos y científicos de la problemática ambiental, que es transversal a prácticamente todas las áreas de conocimiento.

(9) PARTIDÁRIO, M. — CLARK, R. (eds.), "Perspectives on Strategic Environmental Assessment", Ed. Lewis, Danvers, 2000.

Todo ello sin desmedro de la necesidad de una mayor participación política de la ciudadanía en las estructuras políticas tradicionales, como son los propios partidos políticos, a los efectos de incluir necesariamente dentro de la agenda política las cuestiones ambientales que son relevantes para las generaciones presentes y futuras.

La importancia del tratamiento del futuro del ambiente y sus implicaciones éticas —un desarrollo sostenible— requiere un enfoque más integral y profundo, atento a los valores que están en juego. Es aquí donde aparece con toda claridad la relevancia de la aplicación de instrumentos metodológicos como la EAE.

III.4. Experiencia internacional

En los primeros años del nuevo milenio, la EAE se ha consolidado como herramienta imprescindible en los sistemas de gestión ambiental a escala internacional.

Hoy en día, la EAE se identifica como uno de los más completos instrumentos de apoyo en la toma de decisiones sobre acciones con incidencia ambiental y uno de los que integran el concepto de sostenibilidad. Esa afirmación se justifica con su propia evolución a lo largo del tiempo. La concientización de los efectos acumulativos de la contaminación a largo plazo, sus consecuencias devastadoras sobre el medio ambiente y el reconocimiento de que los recursos son limitados hacen que se reflexione sobre el equilibrio del sistema, impulsando la integración de cuestiones ambientales en la esfera política e institucional. Así, las bases del surgimiento de la EAE se fundamentan en los principios de prevención y precaución, como una de las medidas de control ambiental reglamentadas. Cronológicamente, la EAE fue formalmente desarrollada en la *US National Environmental Policy Act* de 1969 (NEPA), Ley de Política Ambiental que demandaba una evaluación ambiental de las principales acciones gubernamentales o de actividades que pudiesen afectar significativamente a la calidad ambiental. En la práctica, la NEPA fue aprobada en 1970, cuando se establecieron los procedimientos comunes de evaluación ambiental a todos los niveles, desde lo más estratégico hasta la evaluación de los proyectos individuales de desarrollo. No obstante, aunque se aplicaba mayoritariamente en los proyectos individuales, en los Estados Unidos de América se incluyó en las PPP, y a finales de los años 70 se efectuaron EAE de proyectos como el *Fuel Use Act*, de 1978, y en el control de maleza en parques nacionales correspondientes a programas de la Administración **(10)**.

III.4.a. Europa

A nivel europeo, un papel importante en este este sentido lo tuvo la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 27/06/2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

Esta Directiva (denominada Directiva "EAE" sobre la "evaluación ambiental estratégica") tiene como objetivo "conseguir un elevado nivel de protección del medio ambiente y contribuir a la integración de aspectos ambientales en la preparación y adopción de planes y programas con el fin de promover un desarrollo sostenible...".

La Directiva hace especial énfasis en (art. 1º):

- *Información* ambiental de partida: recogida y presentación.

- *Predicción* de efectos ambientales significativos.

- Identificación de *alternativas* estratégicas y de sus efectos.

- *Consulta* pública y a las autoridades ambientales.

- *Seguimiento* de los efectos ambientales.

Esto generalmente se aplica a planes regionales y locales de desarrollo turístico, de transportes y de residuos, en el seno de la Unión Europea.

(10) CLARK, B., "Alcance y objetivos de la evaluación ambiental estratégica", Ed. Centro de Estudios Públicos, Chile, 1997, *http://www.cepchile.cl/1_1661/doc.alcance_y_objetivos_de_la_evaluacion_ambiental_estrategica_eae.*

Algunos planes de finanzas y presupuestarios o de defensa civil están exentos por la Directiva EAE, que se aplica tan solo a aquellos planes que la ley prevé, lo cual excluye interesadamente planes y programas de los gobiernos centrales, dado su carácter "voluntario", mientras que los gobiernos locales y regionales son normalmente requeridos a realizarlas.

Otro documento legal que establece un marco normativo es el Protocolo sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente de la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (2003):

Este Protocolo establece:

"Art. 2º. *Definiciones.* Para los fines del presente Protocolo (...) 6) por 'evaluación estratégica medioambiental' se entenderá la evaluación de los efectos probables sobre el medio ambiente, incluida la salud, que comprenda la delimitación del ámbito de un informe medioambiental y su elaboración, la puesta en marcha de un proceso de participación y consulta del público y la toma en consideración, en un plan o un programa, del informe medioambiental y de los resultados de ese proceso;

"Art. 4º. *Ámbito de aplicación por lo que respecta a los planes y programas*.

"1. Cada parte velará por que se haga una evaluación estratégica medioambiental en relación con los planes y programas mencionados en los aparts. 2º, 3º y 4º que es probable que produzcan importantes efectos sobre el medio ambiente, incluida la salud.

"2. Se llevará a cabo una evaluación estratégica medioambiental en relación con los planes y programas que se elaboren para la agricultura, la silvicultura, la pesca, la energía, la industria, incluida la explotación minera, los transportes, el desarrollo regional, la gestión de los desechos, la ordenación de los recursos hídricos, las telecomunicaciones, el turismo, el urbanismo y la ordenación del territorio o la utilización de las tierras, y que establezcan el marco para la autorización futura de la ejecución de los proyectos enumerados en el anexo I, así como de cualquier otro proyecto enumerado en el anexo II que deba ser objeto de una evaluación estratégica en virtud de la legislación nacional.

"3. En el caso de los planes y programas distintos de aquellos a los que se aplica el apart. 2º que establezcan el marco para la autorización futura de la ejecución de proyectos, se llevará a cabo una evaluación estratégica medioambiental si una parte así lo decide con arreglo al art. 5º, apart. 1º.

"4. En el caso tanto de los planes y programas contemplados en el apart. 2º que determinen la utilización de pequeñas zonas a nivel local, como de las pequeñas modificaciones de los planes y programas contemplados en dicho apartado, solo se llevará a cabo una evaluación estratégica medioambiental si una parte así lo decide con arreglo al art. 5º, apart. 1º.

"5. El presente Protocolo no abarcará:

"a) Los planes y programas destinados únicamente a fines de defensa nacional o de protección civil;

"b) Los planes y programas financieros o presupuestarios".

Tomando como país de referencia de Europa a España, cabe decir que este cuenta con la ley 21/2013, la cual establece las bases que deben regir la evaluación ambiental de los planes, programas y proyectos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, garantizando en todo el territorio del Estado un elevado nivel de protección ambiental, con el fin de promover un desarrollo sostenible, mediante:

a) la integración de los aspectos medioambientales en la elaboración y en la adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos;

b) el análisis y la selección de las alternativas que resulten ambientalmente viables;

c) el establecimiento de las medidas que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar los efectos adversos sobre el medio ambiente;

d) el establecimiento de las medidas de vigilancia, seguimiento y sanción necesarias para cumplir con las finalidades de esta ley.

Además, esta ley establece los principios que informarán el procedimiento de evaluación ambiental de los planes, programas y proyectos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, así como el régimen de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente.

Por otro lado, los miembros del Comité de Ayuda al Desarrollo —es decir, Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza— y la Comisión de las Comunidades Europeas, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Banco Mundial contribuyen al trabajo del Comité en su capacidad de observadores permanentes, y han publicado una Guía de Buenas Prácticas en la Cooperación para el Desarrollo, denominada "Evaluación ambiental estratégica" **(11)**.

Describe a la EAE de la siguiente manera:

"Una gama de enfoques analíticos y participativos que buscan integrar las consideraciones ambientales en los planes, políticas y programas, y evaluar las interconexiones con las consideraciones económicas y sociales". La EAE puede describirse como una familia de enfoques que utiliza una variedad de herramientas, en lugar de un único enfoque, fijo y que prescribe. Una buena EAE se adapta y configura de acuerdo con el contexto en que se aplique.

Puede pensarse como un *continuum* de creciente integración: en un extremo del *continuum*, el fin principal es integrar el medio ambiente junto con las preocupaciones económicas y sociales —en la toma estratégica de decisiones—; en el otro extremo, el énfasis recae sobre la plena integración de los factores ambientales, sociales y económicos en una evaluación holística de la sostenibilidad.

La EAE se aplica en las más tempranas etapas del proceso de toma de decisiones, tanto para ayudar a formular las políticas, planes y programas, como para evaluar la potencial efectividad y sostenibilidad de aquellos. Esto diferencia a la EAE de las herramientas de evaluación más tradicionales, tales como la EIA, con un historial comprobado en la identificación de las amenazas y oportunidades ambientales de proyectos específicos, pero que se aplican menos fácilmente a políticas, planes y programas.

La EAE no sustituye, sino que complementa a la EIA y a los demás enfoques y herramientas de evaluación.

En la actualidad, se piensa que la EAE está en un ritmo creciente de consolidación, como resultado del desarrollo de leyes y políticas internacionales. Por lo demás, recientemente muchos representantes de los países donantes de fondos para los proyectos de cooperación internacional, reunidos en el Comité de Ayuda al Desarrollo (*Development Assistance Committee* —DAC—) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (*Organisation for Economic Co-operation and Development* —OECD—), promueven la EAE como un complemento de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos que ellos financian (OECD, 2006). Esta actuación es adoptada conjuntamente por algunas agencias multilaterales de fondos de desarrollo, integrando formas de evaluación sectoriales y regionales que abordan el concepto de EAE.

III.5. Experiencia en América Latina

En este apartado se realiza una revisión del enfoque dado a la EAE en algunos países de Latinoamérica que tienen legislación específica sobre este instrumento y se hace una breve presentación de los contextos legales en los cuales se aplica.

(11) OCDE, "Evaluación de impacto ambiental estratégica. Una Guía de Buenas Prácticas en la Cooperación para el Desarrollo", *Directrices y obras de referencia del CAD,* Ed. OCDE, 2007.

III.5.a. Chile

En Chile, a partir de la promulgación de la ley 19.300 en 1994, se comienzan a establecer los criterios para implementar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en particular, para implementar la evaluación de impacto ambiental en los instrumentos de planificación territorial. En ese entonces, indagando en la experiencia internacional sobre la materia, es decir, sobre cómo hacer la evaluación ambiental en los planes de uso del suelo, se toma conocimiento de la existencia de la denominada evaluación ambiental estratégica.

La promulgación de la Política Ambiental de Gobierno en el año 1998 produce un acercamiento al tema, cuando en ella se reconoce la necesidad de contar con políticas públicas ambientalmente sustentables, indicando que ello obliga a armonizar las políticas ambientales con las políticas económicas y sociales.

De igual modo, cuando se refiere a la propuesta de fortalecimiento institucional, explicita como línea de acción robustecer la responsabilidad que les cabe a todos los organismos públicos en la gestión ambiental, de modo que los principios de sustentabilidad ambiental se incorporen en el quehacer de los respectivos sectores. De este modo, se reconoce que, en las políticas, planes y programas provenientes de los sectores de economía, obras públicas, agricultura, bienes nacionales, salud, minería, vivienda y urbanismo, energía, transporte y telecomunicaciones, planificación, defensa y educación reside el mayor volumen de decisiones especializadas con efecto ambiental.

Así, se descubre que la propia ley 19.300 lo sugiere al incluir dentro de la lista de los proyectos o actividades que requieren de evaluación de impacto ambiental a los Instrumentos de Planificación Territorial, los Programas (o Planes de Manejo) de las Áreas Silvestres Protegidas, los Planes y Programas Destinados a Prevenir la Aparición o Brote de Plagas o Pestes y los Programas de Transporte de Sustancias Peligrosas **(12)**.

Esta ley es modificada por la ley 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

La ley 20.417 tiene como uno de sus objetivos más importantes la creación del Ministerio del Medio Ambiente como una Secretaría de Estado encargada de colaborar con el presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental, así como la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, promoviendo el desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa.

La organización de este Ministerio estará configurada con un ministro de Medio Ambiente, subsecretario, Secretarías Regionales Ministeriales, el Consejo Consultivo Nacional y los Consejos Consultivos Regionales.

Otra de las finalidades era la creación y puesta en marcha del Servicio de Evaluación Ambiental. Este estará dirigido por un director ejecutivo, quien será el jefe superior del Servicio. Además, esta entidad se desconcentrará a través de las Direcciones Regionales de Evaluación Ambiental, con un director regional a cargo. Su rol será, entre otros, la administración de un sistema de información sobre permisos y autorizaciones de contenido ambiental, el que deberá estar abierto al público en el sitio web.

Además, deberá administrar un sistema de información de líneas de bases de los proyectos sometidos a EIA, de acceso público y georreferenciado.

La Superintendencia se constituye como una institución fiscalizadora.

Tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las resoluciones de calificación ambiental, de las medidas de los planes de prevención y/o descontaminación ambiental, del contenido de las normas de calidad ambiental y de emisión, y de los planes de manejo, cuando corresponda, y de

(12) JILIBERTO, R. — VÁSQUEZ, J. — FERNÁNDEZ, M. - PÉREZ, R., "El crítico estado de la evaluación ambiental estratégica en Chile", Ed. U. Central, Santiago de Chile, 2014, ps. 1-5.

todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley **(13)**.

Jiliberto describió el desempeño de la EAE en sus primeros tres años de aplicación, encontrándola en un estado crítico y decepcionante; esto se dio porque se produjo una profunda distorsión en el uso de esta herramienta, forzada en buena medida por el modo en que el Ministerio de Medio Ambiente ha orientado su implementación. En la actualidad, Chile implementa la EAE con mayor claridad y con el único objetivo de contar con una herramienta de gestión ambiental que sea capaz de procesar ambientalmente las decisiones estratégicas que se dan por parte de las instituciones públicas referentes a las políticas y los planes.

III.5.b. Perú

La EAE se incorpora mediante el dec. leg. 1078 a la ley 28.611 General del Ambiente (15/10/2005), estableciendo que las EAE serán de carácter sectorial, regional y local, y el Ministerio del Ambiente (MINAM) será el responsable del informe ambiental y de aprobar la EAE de PPP.

El art. 57 del Reglamento de la ley establece:

"*Del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.* Todo proyecto de inversión público y privado que implique actividades, construcciones u obras que puedan causar impactos ambientales negativos significativos está sujeto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Mediante ley se desarrollan los componentes del SEIA. *La Autoridad Ambiental Nacional, en cumplimiento de su rol director del SEIA, puede solicitar la realización de estudios que identifiquen los potenciales impactos ambientales negativos significativos a nivel de políticas, planes y programas. El informe final de estos estudios es aprobado por el CONAM*".

La EAE es considerada como uno de los dos instrumentos de gestión ambiental del SEIA. Según una sistematización elaborada para el MINAM, se han realizado diez EAE en proyectos de gran envergadura para el país entre los años 2003 y 2012, teniendo una gran acogida su aplicación y entendimiento; de igual manera, Perú mantiene constantes capacitaciones y mejoras en el tema **(14)**.

III.5.c. Colombia

En Colombia existen documentos conceptuales y metodológicos como guía para la realización de una EAE, los cuales se detallan a continuación:

- "Evaluación ambiental estratégica de políticas, planes y programas de biocombustibles en Colombia".

- "Guía de Evaluación Ambiental Estratégica".

- Documento "Conpes 3550".

- "Guía de Evaluación Ambiental Estratégica" de la CEPAL.

La "Guía de Evaluación Ambiental Estratégica" es el resultado de una singular colaboración entre varias entidades públicas, privadas y universitarias de España y Colombia; esta Guía constituyó un esfuerzo de aplicación de los principios de una EAE orientada a la decisión al contexto normativo de la Directiva Europea 2001/42/CE. Su uso ha sido promovido, principalmente, por el gobierno nacional, desde entidades como Planeación Nacional, el Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT), en la formulación de algunos proyectos sectoriales, como el manejo del recurso hídrico, la minería, la interconexión eléctrica, la construcción de vías sobre ecosistemas estratégicos y, más recientemente, en temas urbanos, como calidad de vida, hábitat y salud, relacionados con la contaminación en medios como el hídrico o el atmosférico, entre otros **(15)**.

(13) JILIBERTO, R. — VÁSQUEZ, J. — FERNÁNDEZ, M. — PÉREZ, R., "El crítico estado...", ob. cit.

(14) BARANDIARÁN, A., "Propuesta de guía para desarrollar el proceso de EAE en el Perú", *http://redpeia.minam.gob.pe/admin/files/item/4f5fc7d958d5f_Evaluacion_Amb iental_Estrategica_en_el_Peru.pdf.*

(15) PIÑA, W. A., "Las posibilidades de la evaluación estratégica ambiental integrada: elementos para la reflexión sobre la sostenibilidad urbana en Colombia", Ed. Desafíos, Bogotá, 2010.

III.5.d. Mercosur

El Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur (Asunción, 22/06/2001), si bien es cierto que no menciona expresamente a la EAE, de su articulado se desprende:

"Art. 3º. En sus acciones para alcanzar el objeto de este Acuerdo e implementar sus disposiciones, los Estados partes deberán orientarse, *inter alia*, por lo siguiente:

"a) promoción de la protección del medio ambiente y del aprovechamiento más eficaz de los recursos disponibles mediante la coordinación de políticas sectoriales, sobre la base de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio;

"b) incorporación del componente ambiental en las políticas sectoriales e inclusión de las consideraciones ambientales en la toma de decisiones que se adopten en el ámbito del Mercosur, para el fortalecimiento de la integración;

"c) promoción del desarrollo sustentable por medio del apoyo recíproco entre los sectores ambientales y económicos, evitando la adopción de medidas que restrinjan o distorsionen, de manera arbitraria o injustificada, la libre circulación de bienes y servicios en el ámbito del Mercosur;

"d) tratamiento prioritario e integral de las causas y las fuentes de los problemas ambientales;

"e) promoción de una efectiva participación de la sociedad civil en el tratamiento de las cuestiones ambientales; y

"f) fomento a la internalización de los costos ambientales mediante el uso de instrumentos económicos y regulatorios de gestión".

La experiencia internacional y la literatura sobre EAE han venido destacando principios de buena práctica en su uso, que acentúan la necesidad de adoptar una naturaleza flexible y estratégica, independientemente de su escala y ámbito de aplicación, tornándose así, en todos los casos, en fundamentales los principios de participación y de transparencia.

IV. Condiciones legales e institucionales para la aplicación de la EAE en la Argentina

La base del derecho ambiental argentino la constituye el art. 41 de la CN (1994), que establece:

"Art. 41.— Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

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

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

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

Claramente, entonces, el derecho ambiental argentino tiene una concepción amplia, ya que protege no solamente lo que llamamos el ambiente o sistema *natural*, sino también el *cultural*, incluido el socioeconómico; valores culturales que pueden ser materiales o inmateriales, ya que la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables **(16)**.

Por otro lado, los derechos ambientales son derechos humanos fundamentales —de tercera y cuarta generación (las generaciones futuras)—, que participan del sistema de interpretación de los derechos humanos, conforme

(16) Principio 25 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 1992.

a la Convención de Viena de 1969, ratificada por ley 23.782.

A la vez, el derecho ambiental, por las singularidades que presenta su materia de interpretación y estudio, es claramente preventivo y precautorio. Requiere de una detección temprana de los daños, ya que una vez ocurridos son muy difíciles o imposibles de sanear.

En esta línea, el principio de *prevención* está regulado en el art. 4º de la Ley General del Ambiente (ley 25.675) de la República Argentina:

"Art. 4º.— La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: (...)

"*Principio de prevención:* Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir...".

Cuando existe certeza de que una actividad puede causar daño al medio ambiente, porque así lo enseña la experiencia empírica, se deben tomar todas las prevenciones posibles para evitar o mitigar el daño ambiental.

Lo que toda la normativa ambiental argentina pretende, en definitiva, es la *planificación* a corto, mediano y largo plazo, mediante instrumentos adecuados; políticas que deben ser el reflejo de objetivos ambientales estratégicos que debe fijarse la Nación (y que constituyen políticas de Estado).

De allí la importancia de la EAE en todo lo referente a políticas, planes y programas en forma previa a la elaboración de anteproyectos o proyectos que puedan tener impactos ambientales significativos, ya sea sobre el ambiente, la salud o la calidad de vida, tanto de la población actual como de las generaciones futuras.

El principio de *precaución* (o de *cautela*) también está regulado en la misma norma legal (art. 4º, ley 25.675):

"...*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...".

En realidad, nuestra legislación argentina no sigue literalmente sus antecedentes, como el Principio 15 de la Convención de Río (1992), que establece:

"Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar 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".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina dijo, con relación a este principio:

"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" **(17)**.

De allí que, dentro de los instrumentos de la política y la gestión ambiental, tanto la EIA como la EAE son esenciales para una adecuada

(17) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado Nacional", Fallos 332:663, LL AR/JUR/1838/2009.

prevención y precaución de los impactos ambientales.

En la moderna doctrina, la EIA está íntimamente relacionada con el ordenamiento territorial; así, se determinan distintos tipos de evaluación de los impactos ambientales a efectos de prevenir o precaucionar los daños ambientales. La EAE representa un instrumento técnico de evaluación ambiental y ayuda a planificar PPP y mejorar la capacidad de tomar decisiones, al integrar la dimensión ambiental, incluyendo como parte de esta el tema social. Es una herramienta transdisciplinaria que busca la sustentabilidad en los planos económico, social, ecológico y político **(18)**.

El proyecto de ley aprobado por el Honorable Senado de la Argentina, del 14/03/2007 (CD-11/07), establecía:

"Art. 13.— *Evaluación ambiental estratégica*. La autoridad ambiental competente deberá incorporar a sus criterios de evaluación de políticas, planes y programas, una evaluación ambiental estratégica que, teniendo en cuenta el ordenamiento ambiental del territorio, considere la sumatoria, superposición o concomitancia de obras y actividades en desarrollo y proyectadas en una misma región y que puedan afectar a uno o varios ecosistemas similares. Para ello, tendrá presentes los impactos particulares, globales, sinérgicos, acumulativos y otros que los mismos puedan generar.

"La evaluación del impacto ambiental (EIA) específica de proyectos de obras o actividades previstas en la presente ley o que sean requeridas por la normativa complementaria de cada jurisdicción, deberá considerar la evaluación ambiental estratégica contemplada en el párrafo anterior".

En realidad, dicho proyecto establecía un subconjunto de la EAE, es decir, la *evaluación del impacto acumulativo* (EIAc): la EIA de una propuesta de proyecto específico puede fallar en considerar sus potenciales impactos agregados, incrementales y sinérgicos con otros proyectos, en un programa de desarrollo que cubra un área completa. La EIAc es un subconjunto de la EAE, en desarrollo, que evolucionó para captar estas implicaciones más amplias en la evaluación de proyectos. Implicaciones capaces de cambiar las conclusiones de una evaluación de proyecto individual. Un proyecto al que se le atribuyen pocos o insignificantes impactos —considerado aisladamente— puede resultar con impactos potencialmente de gran relevancia al considerarlo como parte de un conjunto de desarrollo más complejo. La EIAc representa entonces un desplazamiento hacia arriba en la jerarquía de toma de decisiones, aunque en el nivel de programa/plan, y no de políticas.

Con relación al subconjunto acumulativo de la EAE, es interesante el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 26/03/2009 **(19)**, respecto de la tala de aproximadamente un millón de hectáreas de bosque nativo y el impacto que ello tendría en la política ambiental de la provincia de Salta; allí dijo:

"En el presente caso se ha demostrado claramente que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero no se ha efectuado ningún estudio relativo al efecto acumulativo de todas las autorizaciones. La tala y desmonte de aproximadamente un millón de hectáreas tendrá un efecto sobre el ambiente que no se puede ignorar y que, en palabras expresadas por el representante de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación en la audiencia pública del día 18 de febrero del corriente año, seguramente será negativo.

"Por otra parte, los representantes del Estado provincial reconocieron, en la misma oportunidad, que muchas de las áreas en las que se autorizaron desmontes o aprovechamientos forestales, pueden ser ahora categorizadas como de alto valor de conservación en virtud de las disposiciones de los arts. 8º y 10 de la ley 7543 cuya reglamentación debía ser dictada a los 60 días de su promulgación el 18/12/2008. Interrogados que fueron por el tribunal acerca de qué ocurriría en tal caso, señalaron que po-

(18) CAPARELLLI, Mario A., "El proceso de evaluación de impacto ambiental", Ed. Centro Norte, San Isidro, 2010, ps. 77-79.

(19) "Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional", LA LEY del 08/04/2009, 11, con nota de Sebastián AGUIRRE ASTIGUETA; LA LEY 2009-B, 683.

drían revocarse las autorizaciones, y eventualmente reparar o mitigar los perjuicios sufridos por quienes las hubieran obtenido, recurriendo para ello a aportes provenientes del 'Fondo Nacional para el Enriquecimiento y la Conservación de los Bosques Nativos' creado por la ley 26.331 —reglamentada recientemente mediante el dec. 91/2009 del 13 de febrero de 2009—.

"Se configura entonces, una situación clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no solo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio".

Es claro que lo que la Corte está pidiendo va mucho más allá que el concepto de EIA clásico, sino que apunta al subtipo acumulativo de la EAE, ya que la tala de bosques nativos de tal dimensión constituye una política y un plan que entraría en contradicción con la política ambiental nacional.

Los tribunales argentinos han exigido la EAE para la instrumentación de políticas, planes y programas de reservas naturales provinciales, como en el caso del Iberá en la provincia de Corrientes.

Los esteros del Iberá (del guaraní *y vera*, "agua brillante") son una amplia red de arroyos, riachos, pantanos, lagunas y bañados que abarca entre 15.000 y 25.000 km² en la provincia de Corrientes, en el noreste de la República Argentina; solo superados en extensión por el pantanal brasileño, forman el segundo humedal más grande del mundo, parte de un sistema hidrográfico mucho más extenso —el *macrosistema del Iberá*, de cerca de 1.300.000 ha, en el que se desarrolla un ecosistema subtropical de grandísima biodiversidad—.

En ese territorio hay zonas de reservas estrictas (Parque Provincial) y la zona de reserva, donde el Estado ha autorizado diversas actividades productivas, como el caso del cultivo de arroz (cultivo que necesita una gran cantidad de agua y de sustancias químicas, como los pesticidas organoclorados y piretroides en sedimento, entre ellos el glifosato y endosulfán) **(20)**; de allí que el tribunal dispuso: "...3º) ordenar al Instituto Correntino del Agua y del Ambiente (ICAA) la realización de un proceso de *evaluación de impacto ambiental estratégico y acumulativo* de todas las plantaciones de arroz que existen en el área de la reserva del Iberá (ley 3771) todo ello en el plazo de *noventa [90] días* bajo apercibimiento de sanciones pecuniarias en la persona del *señor administrador general del ICAA*" **(21)**.

Por otro lado, la provincia del Chaco ha regulado el instituto por medio de la ley 5562, que establece:

"Art. 2º.— La evaluación ambiental estratégica es el procedimiento establecido para evaluar, corregir y controlar los efectos que sobre el medio ambiente puedan tener determinados planes o programas, públicos o privados, con el fin de conseguir un elevado nivel de protección ambiental y promover un desarrollo sostenible, a través de la integración de la variable ambiental en la elaboración y aprobación de los referidos planes y programas".

En igual sentido, la ley de la provincia de Mendoza establece:

"Art. 7º.— *De los instrumentos y procedimientos del ordenamiento territorial.*

"Son instrumentos y procedimientos del ordenamiento territorial las siguientes (...): m) La evaluación ambiental estratégica".

(20) Sustancia cuyo uso está prohibido hoy por todos los países signatarios (en el que se incluye la Rep. Argentina) del Convenio de Rotterdam sobre Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos, y que al momento del fallo era utilizada normalmente por los productores de arroz.

(21) CCiv. y Com. Corrientes, sala IV, 11/11/2009, "Cirignoli, Sebastián c. Ramón Aguerre y/o quien resulte responsable y/o quien resulte propietario de la estancia Rincón de Uguay y/o quien resulte responsable e Instituto Correntino del Agua y el Ambiente (ICAA) s/ acción de amparo ambiental", expte. ED4 2743/6, cita online: 70056505. Actualmente, todavía en proceso de realización por un grupo interdisciplinario.

La ley es amplia y contempla las políticas, planes y programas del ordenamiento territorial de la provincia **(22)**.

El Banco Mundial indica:

"Las EAE son procedimientos formales y sistemáticos que ayudan a identificar los impactos ambientales que pueden surgir de acciones más amplias tales como nuevas *políticas, planes* de desarrollo regional o nacional e iniciativas de *programas* importantes. Ellas ayudan a introducir las acciones y las consideraciones ambientales dentro del proceso de toma de decisiones por encima y más allá del nivel del proyecto" (*World Bank*, 1997).

La Comisión Económica para Europa la define como "...la evaluación de los efectos probables sobre el medio ambiente, incluida la salud, que comprenda la delimitación del ámbito de un informe medioambiental y su elaboración, la puesta en marcha de un proceso de participación y consulta del público y la toma en consideración, en un *plan* o un *programa*, del informe medioambiental y de los resultados del proceso" (Comisión Económica para Europa, 2003) **(23)**.

La Ley General del Ambiente de la República Argentina (ley 25.675) establece los objetivos de la *política ambiental nacional:*"Art. 2º.— La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos:

"a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas;

"b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria;

"c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión;

"d) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales;

"e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos;

"f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica;

"g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo;

"h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal;

"i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma;

"j) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional

"k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental".

Además, incluye como instrumentos de política ambiental, en su art. 8º:

"1. El ordenamiento ambiental del territorio.

"2. La evaluación de impacto ambiental".

En lo referente al ordenamiento territorial ambiental, dispone:

"Art. 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,

(22) Para un mejor análisis de dicha normativa: PINTO Mauricio — MARTÍN, Liber (dirs.), "La evaluación de impacto ambiental y su régimen jurídico", Ed. Lajouane, Buenos Aires, p. 217.

(23) DANIELE, Claudio L., "Aportes para la elaboración del Anteproyecto de Código Ambiental para la CABA. Los procedimientos de evaluación ambiental estratégica y evaluación de impacto ambiental", Buenos Aires, 2007, p. 10.

garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y promover la participación social, en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable.

"Evaluación de impacto ambiental

"Art. 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.

"Art. 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 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.

"Art. 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".

Es una normativa general de interpretación de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, lo que sería aplicable al proceso de EAE.

Lamentablemente, en la República Argentina hasta la fecha no se ha dictado una ley nacional de presupuestos mínimos sobre *evaluación de impacto ambiental,* donde necesariamente se debería incluir la *evaluación ambiental estratégica*, como lo han realizado algunos proyectos de ley que no llegaron a buen puerto.

La única ley de presupuestos mínimos de protección ambiental de la Argentina que la contempla expresamente es la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección de Glaciares y del Ambiente Periglacial —ley 26.639—:

"Art. 7º.— *Evaluación de impacto ambiental.* Todas las actividades proyectadas en los glaciares y en el ambiente periglacial, que no se encuentran prohibidas, estarán sujetas a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental y *evaluación ambiental estratégica,* según corresponda conforme a su escala de intervención, en el que deberá garantizarse una instancia de participación ciudadana de acuerdo con lo establecido en los arts. 19, 20 y 21 de la ley 25.675 —Ley General del Ambiente—, en forma previa a su autorización y ejecución, conforme a la normativa vigente...".

El alcance de la EAE está definido en el dec. 207/2011, reglamentario de la ley 26.639, que establece:

"Art. 7º.— Se entiende por evaluación ambiental estratégica aquel proceso sistemático de estudio de impactos ambientales de las *políticas, planes y programas y de sus alternativas,* incluyendo la preparación de un informe escrito y las conclusiones de su evaluación y su uso en los procesos de decisiones públicas".

Este artículo, reglamentario de la ley mencionada, da una pauta general de lo que el Poder Ejecutivo entiende que comprende dicho estudio (en la Administración es donde se debe llevar a cabo la EAE).

De esta forma, ha dado una clara señal acerca de la importancia y la estrecha relación de la EAE con el logro de los objetivos de la ley, haciendo lo propio con una definición que ha sido lo suficientemente amplia para dar lugar a las jurisdicciones locales a que implementen y apliquen este instrumento de acuerdo con las especiales características y necesidades **(24)**.

A nivel de las provincias, en la Argentina (que es un país federal), cada una de ellas dicta sus propias Constituciones. En tal sentido, en la Constitución de la Provincia de Entre Ríos, al ser modificada en el año 2008, se estableció:

"Art. 84.— Un ente tendrá a su cargo el diseño y aplicación de la política ambiental. Son sus instrumentos, sin perjuicio de otros que se establezcan: la evaluación ambiental estratégi-

(24) RINALDI, Gustavo, ob. cit.

ca; un plan de gestión estratégico; el estudio y evaluación de impacto ambiental y acumulativo; el ordenamiento ambiental territorial; los indicadores de sustentabilidad; el libre acceso a la información; la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones que afecten derechos y la educación ambiental, atendiendo principalmente a las culturas locales.

"La ley determinará la creación de un fondo de recomposición ambiental, y estrategias de mitigación y adaptación vinculadas a las causas y efectos del cambio ambiental global".

Es decir que toda decisión ambiental de los poderes públicos para realizar un emprendimiento o actividad que tenga efectos ambientales significativos implica la aprobación de una *política*, su implementación conforme a un *plan* y a un *programa* (lo que se llama PPP), entendiendo que su significado es el siguiente, a fin de evaluar el o los proyectos de actividades u obras:

Política: un curso de acción general o una dirección genérica propuesta, que un gobierno adopta o adoptará y que orienta la toma de decisiones permanente.

Plan: una estrategia o diseño que busca un resultado y está orientado al futuro, frecuentemente con prioridades, opciones y medidas coordinadas que detallan e implementan la política.

Programa: una agenda o programa coherente y organizado, referente a compromisos, propuestas, instrumentos y/o actividades que detallan e implementan la política. (Fuente: Sadler y Verme, 1996).

IV.1. Conceptualización de la EAE

En la literatura de referencia de la EAE, hay una serie de definiciones que son básicamente similares, razón por la cual se seleccionaron y analizaron las más significativas. La revisión bibliográfica muestra que ha habido una evolución del concepto, desde una EAE entendida primordialmente como una herramienta cuya función principal es la de proveer información técnicamente fundada sobre las consecuencias ambientales materiales de la decisión, hasta una EAE centrada en el proceso de decisión, visualizando a la EAE más como una herramienta de interacción estratégica y proactiva con el proceso de decisión que como una destinada a informar sobre sus consecuencias ambientales, en general negativas.

Una de las definiciones más citadas es la de Thérivel **(25)**, que define la EAE como el "proceso formalizado, sistemático y global para evaluar los impactos ambientales de una política, plan o programa, así como sus alternativas, incluida la preparación de un informe escrito sobre los resultados de esa evaluación y el uso de los mismos para la adopción de decisiones públicas respecto de las cuales se debe rendir cuenta". Esa definición se centra en la evaluación de los efectos ambientales de los PPP, en producir un informe y en integrar los efectos en la toma de decisiones.

Otra definición muy citada es la de Sadler y Verheem **(26)**, que consideran la EAE como un "proceso sistemático de evaluación de las consecuencias sobre el medio ambiente de las actividades de una política, plan o programa propuesto cuyo objeto es conseguir que estas queden plenamente incorporadas y sean tenidas debidamente en cuenta en la fase más temprana del proceso de decisiones en las mismas condiciones que las consideraciones de índole económica y social". Aquí, en esa definición se realza la necesidad de considerar los aspectos ambientales de los PPP desde el momento inicial de la toma de decisiones, y también la relación de esas consecuencias con la dimensión social y económica.

Posteriormente, Partidário **(27)** definió la EAE como "un instrumento de evaluación de impactos de naturaleza estratégico cuyo objetivo es facilitar la integración ambiental y la evaluación de las oportunidades y riesgos de las acciones estratégicas en un contexto de desarrollo sos-

(25) THÉRIVEL *et al.* (1992), *apud* CLARK, B., "Alcance y objetivos...", ob. cit., p. 4.

(26) SADLER, B. — VERHEEM R., "Strategic Environmental Assessment. Status, Challenges and Future Directions", Ed. Ministry of Housing, Spatial Planning and the Environment of the Netherlands, La Haya, 1996.

(27) PARTIDÁRIO, M. — CLARK, R. (eds.), "Perspectives on Strategic Environmental Assessment", ob. cit.

tenible. Las acciones estratégicas están fuertemente asociadas a la formulación de políticas, y son desarrolladas en el contexto de procesos de planeamiento y programación". Al igual que en las definiciones arriba indicadas, esta también se fundamenta en la integración de los efectos ambientales, sociales y económicos en los procesos de planeamiento, en la programación; también se enfatiza que estos se deben tener en cuenta en el momento de la formulación de las políticas.

Este escenario ha llevado a que en la actualidad se reconozcan tres aproximaciones básicas a la EAE: una inspirada en la EIA; otra inspirada en lo que en la terminología inglesa se conoce como *policy appraisal*, es decir, entendida como una metodología de evaluación de políticas orientada por objetivos; y, finalmente, una aproximación de EAE integradora, inspirada en la integración de la dimensión ambiental en el proceso de decisión, utilizando parte del instrumental del *policy appraisal* **(28)**.

Se observa sucintamente que el concepto de la EAE va cambiando a lo largo del tiempo. Se han introducido terminologías nuevas a medida que se va divulgando y aplicando. Como se puede percibir, la naturaleza compleja y diversa de los procesos de toma de decisión estratégica constituye una barrera difícil de superar a la hora de establecer estándares únicos. Es decir, aunque se disponga de una definición conceptual precisa de la EAE, esta se enfrenta a una realidad decisional tan diversa que la experiencia genera resultados disímiles en forma y contenido, de los cuales no resulta siempre fácil sacar conclusiones definitivas.

Ante este panorama, Rodrigo Jiliberto **(29)** delinea una propuesta de EAE centrando el análisis en la toma de decisión. Su propuesta consiste en que aquellos momentos del proceso de decisión de un PPP susceptibles de generar, directa o indirectamente, un efecto ambiental, puedan ser identificados y tratados apropiadamente mediante una consideración analítica detallada. La aproximación se caracteriza por su enfoque centrado en el proceso de toma de decisión, el que es ambientalmente cualificado sobre la base de un conjunto de criterios de decisión ambientalmente relevantes. Concluye que la simple experiencia no basta si no va acompañada de una reflexión detenida sobre la naturaleza propia del instrumento y de lo que se pretende con él. Pero esa reflexión debe ser capaz también de asumir la diversidad del ámbito de aplicación y prever la diversidad de resultados posibles.

IV.2. Principios de la EAE

Un proceso típico de EAE tiene las siguientes etapas:

- Visión preliminar (*screening*): es el proceso para decidir si se requiere o no de una EAE.

Hay diversos métodos: es posible hacer una lista de los planes y programas que requieren este tipo de evaluación, o la decisión se puede basar en la extensión o tipo de áreas afectadas. Puesto que el desarrollo de políticas suele ser progresivo, muchas veces resulta difícil definir cuándo puede tener efectos ambientales significativos una nueva política o un cambio en una política ya establecida. Sin embargo, el objetivo primordial de la EAE es que las evaluaciones se lleven a cabo solo si es probable que ocurran impactos ambientales significativos.

- Focalización (*scoping*): es la identificación de los problemas y alternativas claves que deben ser abordados en la evaluación. Si bien la consideración de alternativa a menudo es un componente menor de la EIA, en la EAE gran parte del trabajo se concentra en la viabilidad ambiental de las alternativas, de manera que la decisión respecto de cuáles deben ser incluidas en la evaluación es crítica.

- Información básica: es la recopilación de información para describir el medio ambiente existente (línea de base), que permite predecir los cambios que surgirían si se implementa la propuesta. Probablemente, los datos recopilados cubrirán un área geográfica amplia y serán de carácter general, indicarán las tendencias de los componentes ambientales a través del espacio y tiempo y enfatizarán especialmente los datos sobre lugares sensibles o importantes. Al

(28) DALAL, B. — SADLER, B., "Strategic Environmental Assessment...", ob. cit.; EC 2001.

(29) JILIBERTO, R., "Evaluación ambiental estratégica...", ob. cit.

igual que en una EIA de un proyecto individual, la recopilación de datos se debe concentrar en parámetros claves.

- Predicción de impactos ambientales: donde sea posible, esta predicción debe ser cuantitativa, pero en la mayoría de los casos se hacen predicciones cualitativas. Siempre se debe incluir una indicación de la magnitud de los impactos ambientales y de su forma, pero, como se tiende a no abordar los impactos acumulativos en una EIA, ellos son especialmente importantes en la EAE.

- Evaluación de impactos ambientales: esto es algo más difícil de realizar en la EAE, ya que las predicciones de impactos a menudo son imprecisas y generales. Muchas veces no hay normas preestablecidas que permitan comparar la admisibilidad o inadmisibilidad del impacto. De manera que los intentos para evaluar los impactos implican, generalmente, la atribución de resultados a elementos cualitativos, tales como significación alta, media o baja. Actualmente, sin embargo, se intenta incorporar normas o estándares ambientales internacionales para efectuar tales comparaciones.

- Informe: esta etapa está destinada a proveer de información tanto a la persona responsable de adoptar las decisiones como a la ciudadanía. Las conclusiones de una EAE pueden ser menos importantes que en una EIA, ya que los beneficios del proceso de evaluación pueden darse a medida que se altera y adapta la política o plan, y a medida que se recopila y utiliza la información ambiental. De este modo, la presentación del informe propiamente tal puede no ser una parte crítica de la determinación de políticas o planes, ya que probablemente la decisión final tendrá que ver con la aceptabilidad de la propuesta definitiva, más que con una comparación de las alternativas incluidas al comienzo del proceso.

- Revisión: se debe hacer una revisión independiente de la EAE para darle credibilidad frente al público, así como para analizar si la evaluación posee un nivel técnicamente aceptable. Sin embargo, esta etapa causa importantes problemas, ya que muchas veces los proponentes de una política o plan creen ser la única autoridad competente para revisarlo.

- Monitoreo: si se aplica una política o plan, se debe llevar a cabo un monitoreo para identificar la naturaleza, extensión y aceptabilidad de todos los impactos ambientales que se han diagnosticado.

IV.3. La participación ciudadana en los procesos de evaluación ambiental

La incorporación del ciudadano en los procesos de toma de decisión a todos los niveles pasa a ser percibida como un elemento prioritario de la democracia, una vez que genera un conjunto de prácticas sociales capaces de influir en las decisiones, y es una de las piezas fundamentales del instrumento de EAE.

Este presupuesto está íntimamente ligado al *derecho de acceso a la información pública*. Ambos han sido reconocidos legislativamente tanto a nivel nacional como internacional, ya que se encuentran presentes en múltiples convenios internacionales relacionados con la protección al ambiente, y también en la ley 25.675 General del Ambiente, en la ley 25.831 de Presupuestos Mínimos sobre el Libre Acceso a la Información Pública Ambiental **(30)** y en el dec. 1172/2003 sobre Acceso a la Información Pública **(31)**.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, en sus diversas sentencias en la causa "Mendoza" sobre el saneamiento del río Matanza-Riachuelo **(32)**, ha resaltado la importancia trascendental de la información y la participación ciudadana en los procesos ambientales.

(30) TERZI, Silvana — IRIBARREN, Federico, "El acceso a la información pública ambiental", disponible en *http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/PCCGDBM/File/APMC/Jurisprudencia/Articulo_Informacion_Publica_Ambiental.pdf; WALSH, Juan R.*, "El libre acceso a la información ambiental: Una pieza clave en la reglamentación del art. 41 de la CN", LA LEY 2004-C, 1207; CAFFERATTA, Néstor, "Principio precautorio...", ob. cit.

(31) SAHANIUK, Analía N., "Decreto 1172/03 del Poder Ejecutivo Nacional. Regulación de herramientas indispensables para una eficaz participación ciudadana", LA LEY, *Supl. Act.* del 23/08/2005, 1; CARELLA, Esteban O., "Acceso a la información pública. Apuntes para su regulación legal", LA LEY, *Supl. Act.* del 17/08/2010, 1.

(32) "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del río Matanza Riachuelo)", M.1569.XL.

Actualmente se reconoce la integración de la participación ciudadana en la toma de decisiones como un elemento primordial en cualquier política pública.

Varios expertos y organismos internacionales enfatizan en la *participación ciudadana* como mecanismo crucial para el proceso de evaluación ambiental. Dicha participación, más allá de agregar valores ambientales en las decisiones, cumple otros papeles, como son la creación de una *cultura participativa*, la mejora de la comunicación con las Administraciones Públicas, el incremento de la credibilidad de los ciudadanos para con la Administración, el aumento de la transparencia en las planificaciones estratégicas, etc. Además, realza el compromiso que todos deben tener para con la defensa y protección del medio ambiente.

La EAE conlleva un proceso de *apertura de las decisiones estratégicas a los actores sociales (públicos o privados) que se puedan ver afectados por la toma de decisión del instrumento que se esté evaluando.*

V. Conclusión

El impulso dado a la necesidad de desarrollar y aplicar la EAE, al inicio de los 90, estuvo estrechamente relacionado a la evolución de la agenda internacional en materia de políticas ambientales, la cual buscaba fortalecer la integración de las preocupaciones ambientales en la planificación del desarrollo. En síntesis, la EAE se desarrolló porque la sociedad necesitaba instrumentos que permitieran la inclusión de las cuestiones ambientales en la planificación. Desde entonces, la EAE se ha ido consolidando como un instrumento de apoyo a la toma de decisiones, que se desarrolla en la forma de un proceso y que se aplica a decisiones de naturaleza estratégica, normalmente asociado a la planificación de políticas, planes y programas.

Más allá de las diferentes contextualizaciones dadas, lo esencial en la EAE es *ayudar a crear mejores estrategias y objetivos de desarrollo, contextualizando en una visión y objetivos futuros, y reflexionando sobre las oportunidades y riesgos de distintas alternativas de desarrollo.*

La EAE contribuye a la conservación ambiental y al desarrollo sostenible, pues aporta una visión ambiental amplia y contribuye a identificar la mejor opción ambientalmente practicable, constituyéndose además en una alerta temprana de efectos acumulativos y cambios a gran escala.

Esta herramienta puede ser utilizada en un amplio espectro de decisiones estratégicas con el fin de garantizar la buena gobernanza ambiental.

Desde el punto de vista procedimental, es crucial que la EAE acompañe los procesos de decisión, actuando con flexibilidad metodológica según el contexto político-institucional en que se toman las decisiones, a fin de garantizar la mayor eficiencia y eficacia para alcanzar los objetivos que se han planteado los actores de la gestión ambiental.

Ha existido un pobre o nulo uso de la EAE tanto en nuestro país como en otros países de Latinoamérica; sin embargo, las instituciones financieras —como por ejemplo el BID y el Banco Mundial— han impulsado su uso en los proyectos internacionales que realizan, pero su bajo nivel de compresión y la poca capacitación de las personas inmersas en el tema son las grandes brechas que América del Sur enfrenta.

La EAE promueve un concepto de desarrollo que se fundamenta en la solidaridad, la participación democrática y el respeto a la vida y sus procesos naturales, y que gestiona la equidad social y el mejoramiento de la calidad de vida de toda la población, enfatizando en la participación ciudadana como mecanismo crucial. Dicha participación, más allá de agregar valores socioambientales en las decisiones, cumple otros papeles, como son la creación de cultura participativa, la mejora de la comunicación con las Administraciones Públicas y el incremento de la credibilidad de los ciudadanos para con la Administración.

Para el establecimiento de la EAE, el gran obstáculo —desde mi punto de vista— es de carácter político, ya que la EAE tiene dimensiones e implicancias a nivel del sistema político democrático, las cuales requieren transparencia de parte de la autoridad y una participación res-

ponsable y activa de la ciudadanía. Sin embargo, iniciar el proceso a partir de un método realista y gradual puede permitir, a la larga, superar estos obstáculos, ya que es de urgente necesidad en los tiempos actuales un plan de desarrollo estatal nacional que pretenda planificar aspectos sociales y ambientales.

La EAE vendría a ser de hecho un mecanismo institucional para desentrañar la responsabilidad que les corresponde a las decisiones públicas estratégicas, en lo que suele ser el mandato constitucional de conservación y protección del medio ambiente y de fomento de un desarrollo sustentable.

La clave para encontrar una respuesta a las dificultades y retos actuales de la EAE está en entender que las cuestiones por las que las prácticas de EAE se interesan *de facto* van mucho más allá de los hipotéticos efectos ambientales de los PPP, y que esas cuestiones tienen una naturaleza propia que es preciso identificar y entender, para poder así elaborar una metodología de evaluación coherente con ellas.

En beneficio tanto de la gobernabilidad ambiental como de la coherencia de la propia EAE, es preciso avanzar hacia modelos más deliberativos, tal como viene sugiriendo la literatura.

Vemos por tanto que en la Argentina se dan las condiciones para implementar la EAE y que de hecho ya se han realizado avances significativos. Solo queda, pues, realizar un último esfuerzo por institucionalizar y regular un procedimiento que puede ser de vital importancia en cuanto a la dirección que tome la Argentina en su desarrollo, debido a su potencial para influir en el proceso de toma de decisiones, anticipándose a los posibles daños que esas decisiones puedan ocasionar.

DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

El derecho al agua, un derecho humano emergente

Marta Isabel Suarez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Resumen.— III. Capítulo I.— IV. Capítulo II.— V. Capítulo III.— VI. Conclusión.

I. Introducción

El acceso al agua es una necesidad humana innegable. Es un recurso natural que impacta de manera directa en la subsistencia humana, sin que la técnica o la tecnología hayan podido reemplazarlo.

Abordar la problemática del agua desde la óptica de los derechos humanos convierte esta necesidad en un derecho: el derecho humano al agua, un derecho a cuya efectiva satisfacción están obligados los Estados —principalmente— y las empresas prestadoras. Sin embargo, millones de personas carecen de acceso al agua potable, en su mayoría personas pobres que viven en condiciones infrahumanas, alejadas de las fuentes de este recurso.

El agua permite satisfacer necesidades básicas de subsistencia, como la bebida y el alimento y la buena salud, evitando enfermedades. El agua sirve para generar y mantener los bienes que permiten la buena calidad de vida, realizar actividades recreativas, culturales y religiosas y, no menos importante, el sostenimiento del ambiente que nos contiene.

Los sistemas de protección del derecho humano al agua han evolucionado, partiendo del acceso al agua como uso común y otorgando a tal prerrogativa el carácter de interés simple, hasta el reconocimiento de un derecho subjetivo, exigible y tutelable jurisdiccionalmente.

Los precedentes normativos originados en el ámbito de los organismos internacionales fueron marcando el camino para lograr el contenido, sentido y alcance de este derecho humano en el plano internacional, regional y en el orden nacional, con la incorporación de los tratados con jerarquía constitucional y la jurisprudencia.

II. Resumen

El agua es un bien necesario para la supervivencia de toda forma de vida; un bien para ser administrado y preservado para las generaciones presentes y futuras.

El derecho al agua es un derecho humano transversal por su estrecha vinculación con otros derechos humanos, como el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la vivienda, a un ambiente sano.

La falta de acceso al agua potable y servicios de saneamiento produce graves consecuencias en la salud de las personas, afectando de un modo más grave a determinadas personas, grupos o sectores vulnerables, produciendo mortalidad infantil, disminución de la esperanza de vida, epidemias y otras enfermedades provocadas por el agua contaminada y las condiciones deficientes de saneamiento.

En nuestro país, la falta de agua afecta a más de 8 millones de personas; se estima que hay 15.000 kilómetros cúbicos de agua contaminada y más de un tercio de los hogares siguen sin servicio de cloacas.

No hay dudas de que el agua es un bien común de la humanidad y que sin ella la vida no

(*) Abogada y procuradora (UNLP). Escribana (UNLP). Especialista en Derecho Ambiental (UBA).

prospera. La responsabilidad en la preservación del "microbien agua" involucra a todos los actores: a los usuarios del recurso, no derrochándola, no contaminándola; a las autoridades —en todos sus niveles—, quienes deben impulsar la generación de políticas públicas tendientes a la sustentabilidad del recurso; y al Poder Judicial, tutelando este derecho básico.

III. Capítulo I

III.1. Derecho al agua. Antecedentes normativos

El acceso al agua es una necesidad humana innegable. Si ordenamos los recursos y elementos ambientales que son necesarios para la existencia humana, el agua ocupa el primer lugar por su importancia y por ser irremplazable.

El acceso equitativo a las necesidades mínimas de agua potable es una condición previa y necesaria para el efectivo goce de los restantes derechos humanos; sin agua no hay derechos civiles y políticos, ni económicos, sociales y culturales; y mucho menos los derechos de tercera generación —derecho a la paz, al medio ambiente y al desarrollo—, por cuanto los derechos humanos son indivisibles e interdependientes.

El derecho al agua evolucionó desde la decimonónica institución del uso común hasta el reconocimiento como un derecho humano.

III.1.a. Uso común

El primer antecedente del derecho al agua fue la institución del "uso común", que Miguel Marienhoff definió como aquel que realiza toda persona por su mera condición de tal, sin más requisito que la observancia de las disposiciones reglamentarias. Para este autor, la naturaleza de este "uso común" del agua es un derecho natural de todo individuo, un atributo inherente a la personalidad humana, un derecho preexistente al Estado, innato del individuo, a quien pertenece como consecuencia de su condición de hombre miembro de la colectividad.

Este derecho natural, que Marienhoff denomina "derecho a la sed", genera un deber de permitir que todos tomen el agua que necesiten para apagar su sed, como expresión del "derecho a la vida" que ha de sobreponerse al derecho de uso o dominio que pudieran tener terceros sobre ella **(1)**.

En cuanto al alcance del derecho al uso común del agua, las normas decimonónicas enumeraron diversas actividades, como beber, lavar ropa, vasijas u otros objetos, bañarse, abrevar o bañar animales, usos fabriles o riego de plantas.

El uso común importaba el reconocimiento de un derecho al agua que comprendía las actividades domésticas y todas aquellas actividades relacionadas con la agricultura, industria, ganadería, etc., que fueran realizadas con fines de proveer a la inmediata subsistencia humana. Estas extracciones de agua, por su cuantía, eran imperceptibles en cuanto al perjuicio que pudieran causar a terceros **(2)**.

En el derecho decimonónico, el "uso común" era visto en el pensar jurídico como un interés simple, propio del ejercicio de la libertad humana, un derecho innato preexistente al Estado, que no alcanzaba el estatus de derecho. Su protección se limitaba a la reclamación administrativa y a los recursos que distintas legislaciones otorgaban para la protección de las libertades individuales. Las acciones judiciales no permitían procurar la protección del ejercicio del derecho al uso común, sino reclamar los perjuicios que su violación causara **(3)**.

III.1.b. Usos especiales. Abastecimiento poblacional

Cuando las extracciones de aguas, fundadas en el derecho natural de todo individuo, producen alteración en la cantidad o calidad de las aguas, exceden las regulaciones propias de los usos comunes; deben regirse por las que corresponden a los usos especiales mediante el

(1) MARIENHOFF, Miguel, "Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas", Ed. Abeledo, t. V, p. 729; MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de dominio público", Ed. TEA, Buenos Aires, 1960, ps. 298 y ss.

(2) MARTIN, Liber — PINTO, Mauricio — TORCHIA, Noelia, "El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución", 2ª ed., Ed. AbeledoPerrot, 2011, ps. 2 y ss.

(3) MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de dominio público", ob. cit., p. 448.

instituto de la concesión para abastecimiento poblacional.

De tal modo, cuando la extracción para satisfacer las necesidades de agua de los individuos sobrepasa el límite de lo imperceptible, provocando una merma sensible en el caudal, y el uso común del agua queda desplazado, debe previamente obtenerse una concesión especial. El abastecimiento poblacional permitía extraer grandes caudales para satisfacer en forma colectiva las necesidades individuales que importaban los usos comunes **(4)**.

Con respecto a la protección jurídica, el "uso especial" para el abastecimiento poblacional constituye un derecho subjetivo por parte de quien es formalmente el titular de la concesión, contando con la tutela jurisdiccional que contempla cada ordenamiento para preservar o restituir los derechos vulnerados, sin perjuicio del reclamo en sede administrativa **(5)**.

III.1.c. El servicio público

El Estado de bienestar incorporó nuevas instituciones para satisfacer las necesidades individuales esenciales, de importancia colectiva, consolidándose el servicio público de agua potable como un mecanismo estatal o herramienta que resultó apta para proveer de agua potable a la población.

En esta etapa se crean sistemas de provisión domiciliarios de agua potable, para abastecer a la totalidad de la población; se extraían grandes caudales concesionados a tal fin. Esto permitía disponer del agua potable en los hogares de modo continuo, sin tener que ir a buscarla a la fuente, como exigía el uso común.

En el siglo XIX, con el advenimiento de la Revolución Industrial, el crecimiento de las ciudades, los problemas sanitarios asociados a la propagación de epidemias causaron la conformación de los primeros sistemas modernos de agua potable y saneamiento.

En Buenos Aires, en el año 1821, el Poder Ejecutivo propició la gestión de un empréstito para la instalación del agua corriente en la ciudad. Sin embargo, y a pesar de contar con los fondos, la propuesta gubernamental no fue cumplimentada.

Tras la organización nacional, serían las epidemias de cólera de 1867 y la de fiebre amarilla de 1871, que diezmaron a Buenos Aires, los trágicos episodios que obligaron a la realización de una infraestructura, la del saneamiento **(6)**.

El análisis de las políticas públicas muestra, desde el punto de vista histórico, que la mayoría de las medidas adoptadas se han basado en la protección de la salud humana. Este fenómeno se advierte principalmente a partir del surgimiento de las poblaciones urbanas, de modo muy evidente en el siglo XX, ya que comenzaron a advertirse los efectos de los residuos cloacales a una escala regional y nacional.

Es importante el impacto de las fuentes de polución que surgían de la Revolución Industrial, empresas que producían desechos por el tratamiento del hierro, plantas textiles, tratamiento de papel, automotores, etc. El conjunto de estas nuevas fuentes se detectó con las epidemias y hubo que actuar rápido **(7)**.

En el año 1909 se elaboró el Primer Plan Nacional de Saneamiento, para cuya implementación en 1912 se crea Obras Sanitarias de la Nación **(8)**. Aquel se dedicó, además, al estudio, construcción y administración de obras destinadas a la provisión de agua potable para uso doméstico en las ciudades, pueblos y colonias de la Nación.

En esta etapa, el derecho recepta cinco principios básicos: generalidad, igualdad, regularidad, continuidad y obligatoriedad, significando un gran progreso en relación con la tradicional

(4) MARTIN, Liber y otros, "El derecho humano al agua…", ob. cit., ps. 6 y ss.

(5) MARTIN, Liber y otros, "El derecho humano al agua…", ob. cit., ps. 11-12.

(6) CENICACELAYA, María de las Nieves, "El derecho al agua: un derecho humano transversal", Ed. Corporativas, 2012, ps. 58 y ss.

(7) LORENZETTI, Ricardo L. — LORENZETTI, Pablo, "El derecho ambiental", Ed. Rubinzal-Culzoni, cap. VII: "Regulación del agua y el paisaje", p. 212.

(8) Ley 8889.

regulación del uso común en la satisfacción del derecho al agua.

Con respecto a la protección del derecho al agua en el régimen de los servicios públicos —prestados por el Estado Nacional, provincial o local—, la actividad prestacional se confundía con la Administración, los derechos de los usuarios se confundían con los del administrado. Los derechos de los usuarios eran nulos.

Con la reforma del Estado y la consiguiente transferencia de la mayoría de los servicios públicos a la gestión privada se separan los sujetos concedente y concesionario; se produce una jerarquización de los derechos de los usuarios y de los consumidores.

En Argentina tuvieron consagración constitucional en el año 1994, con la incorporación del art. 42: por un lado, tenemos un sujeto acreedor —el usuario—, que se transforma en el sujeto dominante de la relación; y dos sujetos deudores solidariamente responsables, el prestador del servicio y el Estado. El usuario es titular de un derecho subjetivo pleno que le permite acceder irrestrictamente a la jurisdicción judicial para la defensa de sus derechos **(9)**.

III.2. El derecho al agua como derecho humano. Normativa internacional

El derecho al agua no está reconocido expresamente como un derecho humano independiente en los tratados internacionales.

Las normas internacionales de derechos humanos se refieren a obligaciones específicas en relación con el acceso al agua potable. Esas obligaciones exigen a los Estados que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, que comprende el consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica.

Asimismo, exigen a los Estados que aseguren progresivamente el acceso a los servicios de saneamiento adecuados, como elemento fundamental de la dignidad humana y la vida privada, que protejan la calidad de los suministros y los recursos de agua potable **(10)**.

Atento a la extensión de este trabajo, se hará referencia a la primera conferencia internacional de carácter gubernamental dedicada exclusivamente al agua y a la Observación General 15, que impulsó el tratamiento del concepto y contenido del agua como derecho humano.

III.2.a. Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua

En marzo de 1977, las Naciones Unidas llevaron a cabo, en la ciudad de Mar del Plata, Argentina, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua. Fue la primera conferencia internacional de carácter gubernamental dedicada exclusivamente al agua.

Esta Conferencia tuvo un carácter totalizador; sostuvo que el agua no es solo un bien para ser usado, sino un bien para ser protegido y cuidadosamente administrado; abordó en forma simultánea el agua en sus múltiples facetas climáticas, su exceso y su escasez, su utilización y gestión, con un alto nivel de representatividad gubernamental.

Como resultado de esa convocatoria, se aprobó un detallado documento con conclusiones y recomendaciones sobre el agua, sus diferentes usos y su protección, denominado Plan de Acción de Mar del Plata.

En lo que respecta al tema central de esta tesina, la Conferencia hizo hincapié en que la disponibilidad del agua era uno de los factores más relevantes en cualquier programa destinado a mejorar el nivel de vida de la población mundial. Como resultado de la demanda creciente y de la contaminación originada por las actividades humanas, la gestión del agua se había convertido en un factor decisivo que debía tratar de obtenerse con la mayor perseverancia.

Era necesario diseñar los medios y medidas adecuados para satisfacer las demandas de agua de la población mundial, teniendo en cuenta la finitud de los recursos hídricos. Además, era im-

(9) MARTIN, Liber y otros, "El derecho humano al agua...", ob. cit., ps. 17 y ss.

(10) OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "El derecho al agua", Naciones Unidas, Derechos Humanos, Folleto Informativo 35, p. 3.

portante que su aplicación pudiese ser observada a fin de conseguir satisfacer las demandas a largo plazo que derivarían del crecimiento en población, agricultura e industria.

Los Estados declararon que "todos los pueblos, cualquiera sea su grado de desarrollo y sus condiciones sociales y económicas, tienen el derecho a tener acceso al agua potable en cantidad y cualidad igual a sus necesidades básicas, y que está universalmente reconocido que el acceso de los seres humanos a ese recurso es esencial tanto para la vida como para su desarrollo".

La Conferencia recomendó que en aquellos casos en que estas necesidades humanas no hayan sido todavía satisfechas, las políticas y planes nacionales de desarrollo deberían dar prioridad a la provisión de agua potable y al saneamiento para la totalidad de la población.

Es importante destacar que antes y después de la Conferencia de Mar del Plata se realizaron diversas reuniones que tuvieron por objeto diversos aspectos de la utilización del agua; todas estas reuniones tomaron en cuenta el agua como recurso para ser utilizado por un sector específico, y no como un elemento natural indispensable que debe ser considerado de manera integrada y comprensiva **(11)**.

III.2.b. Observación general 15

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), como intérprete del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ha impulsado el tratamiento del concepto y contenido del agua como derecho humano.

Mediante la observación general (OG) 15, emitida en el 2002 por el citado Comité, el derecho al agua quedó incluido dentro del campo de los derechos humanos a la salud, al nivel de vida y a la alimentación.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales **(12)**, en su art. 11, dispone que los Estados parte en el presente Pacto reconocen "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...) reconociendo el derecho fundamental de toda persona a *estar protegida contra el hambre*...".

Por otra parte, el art. 12 reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

La citada OG 15, especificando los arts. 11 y 12 del Pacto, ha entendido que el agua "es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud", y que "el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico" **(13)**.

El uso doméstico es el mínimo que el Estado debe garantizar, mínimo que incluye asegurar a la población acceso a agua suficiente para prevenir deshidratación y enfermedades. Lo demás será objeto de satisfacción progresiva.

La satisfacción del mínimo deberá tener preferencia por sobre la cantidad de agua destinada al desarrollo económico. Este derecho se efectiviza si las personas tienen, en relación con el recurso "agua": disponibilidad, calidad, accesibilidad física y económica, sin discriminación, permitiendo el acceso a la información relativa a este recurso.

Según los estándares que el Comité desarrolla en la OG 15, el derecho al agua entraña libertades y derechos.

Respecto de las libertades, establece el "...derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y

(11) DEL CASTILLO, Lilian, "Los Foros del Agua de Mar del Plata a Estambul", Documento de Trabajo nro. 86, Ed. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, ps. 12 y ss.

(12) DALLA VIA, Alberto R., "Constitución de la Nación Argentina comentada, texto según reforma de 1994. Declaraciones, convenciones y pactos con jerarquía constitucional", Ed. Platense, 1994, p. 117.

(13) MARTIN, Liber y otros, "El derecho humano al agua...", ob. cit., p. 39.

el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos". Al referirse a los derechos, indica "el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua" **(14)**.

Cabe resaltar que las Observaciones Generales no son obligatorias *per se*, porque el CDESC no tiene autoridad para crear nuevas obligaciones para los Estados parte del Pacto; no obstante, tienen un peso legal significante.

III.3. El derecho humano al agua. Normativa nacional

III.3.a. Constitución Nacional

La República Argentina no tiene en su Constitución Nacional una cláusula expresa sobre el derecho humano al agua; sin embargo, el art. 41 reconoce a todos los habitantes "el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano", lo que implica un reconocimiento implícito de este derecho; resulta impensable que en ausencia de tal prerrogativa se configure un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano sustentable.

Por otra parte, la reforma constitucional argentina de 1994 ha receptado con jerarquía constitucional diversos textos internacionales que reconocen el derecho al agua en forma directa o reconocen diversos derechos (como el derecho a la vida, a la salud, etc.) que tienen como presupuesto el acceso al agua.

De este modo, el derecho al agua como derecho humano tiene su principal fundamento legal en los tratados de derechos humanos incorporados por el art. 75, inc. 22, de la CN **(15)**, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Si bien es cierto que el derecho al agua no está expresamente enumerado entre los derechos fundamentales receptados en la Carta Magna, por su estrecha vinculación con otros derechos enumerados y por su mención en tratados internacionales con jerarquía constitucional forma parte del derecho argentino **(16)**.

El Estado argentino, al suscribir e incorporar como legislación interna los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, se obligó a hacer efectivo el derecho fundamental de acceso al agua potable. Por tanto, tiene el compromiso de garantizar que las provincias cumplan con los principios emanados de los referidos instrumentos, si no quiere incurrir en responsabilidad internacional **(17)**.

Como se expresó, la Constitución Nacional reconoce en su art. 41 el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, garantizando una mejor calidad de vida, la defensa y el cuidado del medio ambiente y de los recursos naturales, y la reparación del daño ecológico.

El derecho al agua potable —microbien— está tutelado en este artículo como elemento o com-

(14) MARTÍNEZ PRECIADO, Natalia P., "Derecho humano de acceso al agua potable: una mención...", Informe Ambiental Anual, FARN, 2016, ps. 327 y ss.

(15) Art. 75, CN: "Corresponde al Congreso: (...) 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 Crueles, 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. Solo 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...".

(16) MARTIN, Liber y otros, "El derecho humano al agua...", ob. cit., p. 52.

(17) MARTÍNEZ PRECIADO, Natalia P., "Derecho humano de acceso al agua potable: una mención...", ob. cit., p. 331.

ponente del bien colectivo ambiente —macrobien—.

III.3.b. Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación constituye un importante aporte para la defensa del ambiente en general y del derecho humano al agua en particular, porque regula los derechos de incidencia colectiva, integra el bloque de legalidad junto con la Constitución Nacional y los tratados internacionales, introduce los conceptos de ambiente y sustentabilidad, reconoce las leyes de presupuestos mínimos, reconoce la doble función del derecho de daños (preventiva y de reparación), otorgando amplias facultades a los jueces para los casos ambientales **(18)**.

El art. 1º expresa: "*Fuentes y aplicación.* Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no se sean contrarios a derecho".

Todos los tratados internacionales —en su función de fuente de derecho— suscriptos por la Argentina implican una serie de obligaciones tanto hacia adentro del país como a nivel internacional, y deben ser tomados en consideración en caso de una eventual vulneración del derecho de acceso al agua potable. Ninguna norma podrá restringir este derecho fundamental, plenamente garantizado en nuestra Carta Magna.

El art. 2º establece: "*Interpretación.* La ley debe ser interpretada teniendo cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Este artículo incorpora el instituto del diálogo de las fuentes para la solución de los casos complejos, invitando a los operadores del derecho a profundizar y sofisticar los razonamientos jurídicos a la hora de decidir o construir la solución concreta para cada supuesto singular **(19)**.

Los arts. 240 y 241 del Código resultan esenciales para el régimen jurídico del derecho ambiental.

El art. 240 prescribe: "...El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el 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".

El art. 241 prescribe: "Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable".

En estos dos artículos se construyen los límites sociales y ambientales para el ejercicio de los derechos individuales, posibilitando la coexistencia pacífica de los derechos individuales y los de incidencia colectiva; sin olvidar el mandamiento de los arts. 1º y 2º, acerca del diálogo de fuentes y la interpretación de ley, respectivamente.

El Dr. Cafferatta sostiene que los arts. 240 y 241 hunden sus raíces en la Constitución Nacional, que están inspirados en ideas de libertad, buena fe, paz, convivencia armónica y sustentable, fraternidad, democracia, solidaridad, cooperación y orden público de coordinación, que resultan imprescindibles para la integración en concordia del ejercicio de los derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva **(20)**.

(18) MINAVERRY, Clara María — MARTÍNEZ, Adriana N., "El derecho de acceso al agua para consumo humano en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", *Actualidad Jurídica Ambiental,* 02/05/2016, nro. 57, NIPO: 721-15-001-4, ps. 3 y ss.

(19) LORENZETTI, Pablo, "Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual, en el Código Civil y Comercial de la Nación", SJA del 30/09/2015, 3; JA 2015-III.

(20) HERRERA, Marisa — CARAMELO, Gustavo — PICASSO, Sebastián, "Código Civil y Comercial de la Na-

III.3.c. Leyes de presupuestos mínimos

El art. 41 de la CN ha establecido un nuevo régimen de competencias ambientales, al disponer: "...Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales..." (párr. 3º).

En este marco, la delegación a la Nación para dictar los presupuestos mínimos ambientales, dentro del capítulo de los nuevos derechos y garantías, es una "regla para conceptuar o reconocer" exclusivamente al Congreso la competencia de establecer umbrales de riesgo o valores a partir de los cuales debe reconocerse que se producen efectos físicos mínimos sobre el ambiente. A su vez, "la prescripción" de no afectar las jurisdicciones locales es, también, una regla de reconocimiento para identificar el derecho ambiental que obligatoriamente protegen las provincias en forma reservada y exclusiva, como parte de su poder de policía **(21)**.

En el marco de lo previsto por el citado artículo, se sancionaron las siguientes leyes:

- Ley 25.675 General del Ambiente, que establece los principios ordenadores para la interpretación y aplicación de la legislación específica.

- Ley 25.688: Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, norma de presupuestos mínimos de protección ambiental que tiene por objeto el establecimiento de pautas o condiciones básicas para garantizar la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional (art. 1º).

- Ley 26.639: Régimen para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, con el objeto de preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano, para la agricultura, y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas, para la protección de la biodiversidad, como fuente de información científica y como atractivo turístico. Asimismo, se establece que "los glaciares constituyen bienes de carácter público" (art. 1º) **(22)**.

Las provincias han reconocido el derecho al agua en sus Constituciones o en normas infraconstitucionales.

III.3.d. Doctrina judicial. Consolidación del derecho humano al agua

El derecho de acceso al agua potable ha sido objeto de reconocimiento expreso por parte de nuestro Tribunal Superior, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En la causa "Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses SA y otros s/ amparo" (CSJ 42/2013, 49-K, recurso de hecho), una acción de amparo fue iniciada por un grupo de vecinos de la ciudad de 9 de Julio, provincia de Buenos Aires, contra Aguas Bonaerenses SA, con el objeto de que dicha empresa realice trabajos y tareas necesarias para adecuar la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario, atento a que habían detectado niveles de arsénico en agua que ponían en riesgo la salud de los vecinos. Asimismo, demandaron a la provincia de Buenos Aires, por ser la titular del acuífero y responsable de su conservación.

En el consid. 10 —parte pertinente— expresa: "...que los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (...) que, en el caso, existe la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que estaba en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y al mismo tiempo existe una demora de la demandada en la solución definitiva de esta situación...".

En el consid. 12 —parte pertinente— expresa: "Que el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces (...). En el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su

ción comentado", Ed. Infojus, t. I, ps. 396 y ss.

(21) MOYANO, Amílcar, "Leyes de Presupuesto Mínimo Ambiental", LA LEY Gran Cuyo, julio 2004.

(22) NONNA, Silvia — WAITZMAN, Natalia — DENTONE, José M., "Ambiente y residuos peligrosos", Ed. Estudio, ps. 62 y ss.

funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia (...). En este sentido, la res. A/RES/64/292 del 30/07/2010 de Naciones Unidas, declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos (...). El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos..." **(23)**.

En el fallo del 01/12/2017, "Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza s/ uso aguas" **(24)** (Río Atuel), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el consid. 5º, expresa: "Que si bien en el *sub examine* se configura un conflicto entre las dos provincias involucradas acerca del uso del río Atuel —que ha sido calificado como interprovincial—, las cuestiones sometidas a decisión de esta Corte en el caso, presentan aspectos diferentes de los que se describen en la sentencia del 03/12/1987 (CS., Fallos 310:2478), dado que con el paso de los años, el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva incorporados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994. En efecto, el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (CS, 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 macrobien, este conflicto se refiere al uso del agua, que es un microbien ambiental y que, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible...".

Este fallo aporta trascedentes consideraciones sobre el acceso al agua potable, respecto del cual la Corte, en el consid. 11, expresa: "Que en relación con el acceso al agua potable esta Corte ha dicho que ese derecho incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y —en particular— en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia (CS, Fallos 337:1361). A su vez, el derecho al agua potable aparece mencionado en documentos internacionales, como en el Plan de Acción ONU sobre el Agua, Mar del Plata, marzo 1977. Por decisión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (E/CONF.70/29), se aprobó el Plan de Acción de Mar del Plata, en el cual se enuncia, que 'todos los pueblos, cualquiera sea su nivel de desarrollo y su condición económica social, tienen derecho al acceso al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas'. Tanto las Naciones Unidas como la OEA han reconocido el derecho al agua por res. 64/292, 'El derecho humano al agua y el saneamiento', en 2010, y AG/RES.2760 (XLII-O/12) 'El derecho humano al agua potable y al saneamiento', respectivamente. Esta declaración ha sido reiterada en numerosos encuentros internacionales y nacionales. En general se dice que los Estados deben adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar porque las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre. Entre esas estrategias y programas podrían figurar: a) reducción de la disminución de los recursos hídricos por extracción insostenible, desvío o contención; b) reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua; c) vigilancia de las reservas de agua; e) examen de las repercusiones de ciertas actividades que pueden afectar la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales; f) aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores; g) reducción del desperdicio de agua durante su distribución y h) mecanismos de respuesta para las situaciones de emergencia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido sobre la materia, señalando que 'Las afectaciones (...) del derecho al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia (...), para el ejercicio de otros derechos' (Corte IDH, 'Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas', sentencia 17/06/2005, Serie C, nro. 125, párr. 167, Paraguay, 2005).

(23) CS, Secretaría de Juicios Ambientales, Oficina de Justicia Ambiental, *Revista Ambiente. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ps. 61 y ss.

(24) CS, Secretaría de Jurisprudencia, fallo "Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza (Río Atuel)", AR/JUR/84781/2017, *https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.*

También ha establecido que 'El derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida' (Corte IDH, 'Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas', sentencia de 23/11/2010, Serie C, nro. 218, párr. 215, Panamá, 2010; ver también 108ª sesión plenaria de 28/07/2010 sobre 'El derecho humano al agua y el derecho al agua potable', del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Corte IDH, 'Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas', sentencia de 03/04/2009, Serie C, nro. 196, párr. 148, Honduras, 2009, entre otros). El derecho al agua potable se especifica en el presente caso, en el derecho a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema".

A modo de conclusión, la Corte sostuvo que el caso, en su forma actual, involucra un conflicto ambiental; exhortó sobre la necesidad de un cambio de paradigma en torno al uso del agua, microbien colectivo y social; que es necesaria la sustitución del modelo dominial y antropocéntrico por un modelo ecocéntrico y sistémico; que el conflicto debe ser abordado desde una perspectiva de unidad, como cuenca hidrográfica, dado que los recursos naturales son interdependientes y deben ser cuidados de manera integrada.

IV. Capítulo II

IV.1. El derecho humano al agua. Grupos vulnerables

El reconocimiento y protección de los derechos humanos es una misión fundamental del Estado y no debe hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; sin embargo, hay grupos o personas que tienen dificultades para ejercer su derecho al agua por diversas causas, entre ellas la pobreza, la lejanía con la fuente hídrica, la discriminación, estigmatización u otras.

La Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25/06/1993, en su Prólogo sostiene "que en demasiados lugares, y para demasiadas personas, los derechos humanos y el imperio de la ley no pasan de ser quimeras...".

En el punto 24 prescribe —parte pertinente—: "...Los Estados tienen la obligación de adoptar y mantener medidas adecuadas en el plano nacional, en particular en materia de educación, salud y apoyo social, para promover y proteger los derechos de los sectores vulnerables de su población y asegurar la participación de las personas pertenecientes a esos sectores en la búsqueda de una solución a sus problemas" **(25)**.

Con respecto al flagelo de la pobreza, el punto 14 sostiene: "La generalización de la pobreza extrema inhibe el pleno y eficaz disfrute de los derechos humanos..."; los Estados deben darle prioridad para llevar alivio a quienes la sufren, hasta su total eliminación.

La efectiva protección de los derechos humanos no solo demanda políticas universales, sino también específicas para los más vulnerables. A la universalidad, indivisibilidad e interdependencia hay que sumar el valor de la diversidad. No es posible tratar a todos de manera general, abstracta e idéntica, sino que es necesario atender a las particularidades y peculiaridades de determinados grupos o sujetos, en tanto víctimas preferentes de la negación de derechos **(26)**.

IV.1.a. Las mujeres

La secular desventaja de las mujeres en los diversos contextos y espacios hizo necesario que en 1993 la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos proclamase, en el apart. I, punto 18: "Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional".

(25) Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados el 25/06/1993, disponibles en *https://www.ohchr.org/events/ohchr20/vdpa/*.

(26) CENICACELAYA, María de las Nieves, "El derecho al agua...", ob. cit., p. 207.

En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en septiembre de 1994 en Beijing, en el anexo 1, punto 5, de la Declaración, los gobiernos participantes reconocen que hubo avances importantes, pero los progresos no han sido homogéneos; persisten las desigualdades entre mujeres y hombres y sigue habiendo obstáculos importantes, que entrañan graves consecuencias para su bienestar. Asimismo, que esta situación se ha visto agravada por una pobreza cada vez mayor (pto. 6). Los Estados aclaran que los derechos de la mujer son derechos humanos (pto. 14) **(27)**.

A pesar del plexo normativo que protege los derechos de la mujer, siguen existiendo diferencias respecto de los hombres.

En la mayoría de los países, la división de género en el trabajo asigna responsabilidades a las mujeres que los hombres no comparten. A su turno, la división del trabajo en el hogar, sumada a los problemas en la prestación de los servicios, refuerza las profundas desigualdades de género. Las mujeres están a cargo, en su rol de madres, del cuidado y educación de los hijos; además, cocinan, limpian, lavan, cuidan a los animales, preparan la tierra, siembran, cosechan, comercializan sus productos y se ocupan de los adultos mayores de la familia. Su situación es desigual, inequitativa, en relación con el hombre **(28)**.

En las múltiples tareas que las mujeres desarrollan, el agua es un bien necesario e irremplazable, y la falta de acceso al agua potable y a servicios de saneamiento las afecta de modo particular. Cuando no hay agua potable en las viviendas, el acarreo de agua corre a cargo principalmente de las mujeres y las niñas. Recoger y acarrear el agua lleva tiempo y representa un esfuerzo físico. Según el PNUD, esa tarea explica también, en parte, la gran disparidad en la asistencia a la escuela de niños y niñas. Las mujeres pasan hasta cuatro horas diarias caminando, haciendo fila y acarreando agua.

En muchos casos, el agua que recogen está sucia y procede de fuentes no protegidas. La salud de las mujeres puede resentirse profundamente por la pesada carga del acarreo de agua, y también por las enfermedades que se contraen por contacto con el agua **(29)**.

Estas realidades ponen en peligro el bienestar físico de las mujeres, limitan su libertad y participación equitativa en la vida social y económica. Es necesario adoptar una perspectiva de género en las políticas y los programas —que debe incluir, obviamente, el acceso al agua y saneamiento— y reconocer que los factores biológicos y socioculturales influyen considerablemente en la vida de las mujeres, de modo diferente a la de los hombres **(30)**.

IV.1.b. Niños y niñas

La alimentación, la salud, el adelanto educativo y el bienestar general de los niños **(31)** dependen en gran medida de que tengan acceso a servicios básicos tales como el agua potable y el saneamiento.

Debido a su especial vulnerabilidad, por su falta de madurez física y mental, deben beneficiarse de una especial protección y de cuidados particulares; así lo consignó la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1924.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 24, prescribe: "...los Estados partes adoptarán medidas apropiadas para: a) reducir la mortalidad infantil y en la niñez (...); c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante (...) el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable segura, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente...".

(27) Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, China, septiembre de 1995, disponible en *www.equidadmujer.gov.ar.*

(28) CENICACELAYA, María de las Nieves, "El derecho al agua...", ob. cit., ps. 211 y ss.

(29) OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "El derecho al agua", ob. cit., p. 21.

(30) CENICACELAYA, María de las Nieves, "El derecho al agua...", ob. cit., p. 215.

(31) La Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 1º, entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad.

La falta de agua potable aumenta la vulnerabilidad de los niños a las enfermedades. Su sistema inmunitario y sus mecanismos de desintoxicación no están plenamente desarrollados, por lo que tienen menos defensas ante las infecciones relacionadas con el agua.

Por otra parte, para los niños y niñas, al tener menos masa corporal que los adultos, las sustancias químicas transportadas por el agua son potencialmente peligrosas en concentraciones determinadas, e inocuas para una persona adulta.

La falta de acceso al agua potable y de los servicios sanitarios básicos azotan con especial dureza a los niños y niñas pobres. En los países en vías de desarrollo, uno de cada cinco niños o niñas no logra sobrevivir en los primeros cinco años de vida, principalmente por las enfermedades infecciosas y del ambiente causadas por la mala calidad del agua.

El Informe del Banco Mundial publicado en agosto de 2017 señala que las intervenciones en agua, salud y nutrición deben coordinarse para lograr avances sustantivos en la lucha contra el retraso del crecimiento y la mortalidad infantil. Los avances en los servicios de agua y saneamiento, por sí solos, representan una mejora en el bienestar de la infancia; los efectos en el futuro serán mayores si se combinan con intervenciones en salud y nutrición.

Señala que millones de personas están atrapadas en la pobreza por el mal abastecimiento de agua y el saneamiento deficiente, lo que contribuye al retraso del crecimiento y a la existencia de enfermedades debilitantes de la infancia.

Advierte que es necesario destinar mayores recursos con el fin de brindar a todas las personas igualdad de oportunidad para que puedan alcanzar su máximo potencial, especialmente en áreas de vulnerabilidad alta y acceso limitado, para reducir diferencias y mejorar servicios deficientes de agua y saneamiento **(32)**.

En Argentina, las enfermedades más frecuentes relacionadas con el agua son las gastrointestinales agudas, la paratifoidea, la fiebre tifoidea y las parasitosis intestinales. La diarrea es uno de los problemas de salud más acuciantes. La incidencia media anual en niños menores de cinco años es de 3,5 episodios cada mil, uno de los cuales puede ser prolongado y dar lugar a una deshidratación, cuya gravedad varía de acuerdo con el microorganismo infeccioso, la intensidad de la infección, la edad y el estado nutricional e inmunidad del niño **(33)**.

IV.1.c. Campesinado

El Informe del Banco Mundial citado en el punto anterior señala que el 75% de las personas que viven en zonas rurales carecen de agua potable y servicios de saneamiento, y que solo el 20% de los residentes en zonas rurales tienen acceso a agua de calidad.

La investigación realizada sobre el acceso a servicios de abastecimiento de agua, saneamiento e higiene y sobre su calidad arroja, por ejemplo:

- En Nigeria, más del 60% de la población rural vive a más de 30 minutos de distancia de una fuente de agua en correcto funcionamiento.

- En Indonesia solo se trata y elimina de forma segura el 5% de las aguas residuales urbanas, y los niños que durante sus primeros 1000 días de vida residen en comunidades en las que se defeca al aire libre tienen una probabilidad 11 puntos porcentuales superior a la media de padecer retraso en el crecimiento.

- En Bangladesh se detectó la presencia de la bacteria *Escherichia coli* en aproximadamente el 80% de los grifos de agua muestreados, tasa similar al agua extraída de estanques.

- En Ecuador, el 24% de la población rural bebe agua contaminada, el 21% de los niños sufren retraso en el crecimiento y el 18% tiene un peso inferior al normal.

- En Haití, el acceso a fuentes adecuadas de agua potable ha disminuido en los últimos 25

(32) Informe del Banco Mundial, publicado el 28/08/2017, disponible en *https://www.bancomundial.org*.

(33) CALCAGNO, Alberto — MENDIBURO, Nora — GAVIÑO NOVILLO, Marcelo, "Informe sobre la gestión del agua en la República Argentina", enero/2000, p. 16, disponible en *https://www.cepal.org*.

años; el acceso a saneamiento apropiado está estancado en un 33%, y el número de hogares que tienen en la vivienda acceso a agua de calidad ha disminuido del 15% al 7%.

Una de las causas del despoblamiento o éxodo rural se debe a que los habitantes se trasladan a los pueblos más cercanos en busca de servicios básicos no disponibles en el campo: escuelas, salas de primeros auxilios, viviendas sociales, electricidad y agua potable.

En Argentina se registran grandes disparidades regionales y provinciales, y entre áreas urbanas y rurales, tanto en los niveles de cobertura de agua potable como en el saneamiento.

Solo el 30% de la población rural dispone de acceso a sistemas de agua potable; el 92% cuenta con conexión domiciliaria y el 8% restante tiene acceso a una fuente pública de agua potable cercana. Para el 48% de la población rural, es agua servida con eliminación adecuada de excretas, y el 2% es servida con conexiones domiciliarias a la red de alcantarillado; el 98% restante no dispone de conexiones domiciliarias a redes de alcantarillado, pero es servida con sistemas adecuados en el lugar, ya sean privados o compartidos **(34)**.

IV.1.d. Los ancianos

El tema de la tercera edad es un tema invisible; pareciera que el envejecimiento mengua los derechos de este grupo etario. A medida que las personas envejecen, comienzan a desaparecer derechos mínimos, y la realidad muestra que los hijos de a poco asumen el papel de padres, y los padres, el de hijos.

El grupo de la tercera edad tiene nuevas necesidades; por ello, es preciso que la sociedad le brinde apoyo para solucionar sus problemas, algunos tan simples como el acceso a los medicamentos, otros tan complejos como la falta de vivienda, la desnutrición, la soledad, etcétera.

Su dignidad no debe ser menoscabada, porque no se trata de una minoría sobreviviente, débil e improductiva, sino de seres humanos que ingresan en una nueva etapa de su vida **(35)**.

La Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, reunida en Viena en 1982, estableció un Plan de Acción con el objeto de conciliar el desarrollo económico con los asuntos humanitarios.

El Plan contempla, por parte de los Estados y respecto a la población de la tercera edad, el desarrollo especializado de aspectos como salud, vivienda, medio ambiente, familia, bienestar social, educación, empleo y seguridad de ingresos.

Con relación a la vivienda y el medio ambiente, el punto 64 del Plan de Acción se refiere a que "un alojamiento adecuado y un ambiente físico agradable son necesarios para el bienestar, y se acepta de manera general que la vivienda influye mucho en la calidad de la vida de cualquier grupo de edades de cualquier país. Una vivienda adecuada es todavía más importante para los ancianos, en cuyo domicilio se centran prácticamente todas sus actividades...".

El derecho internacional convencional de los derechos humanos le ha dedicado escasa atención a la ancianidad.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador—, aprobado por ley 24.658, establece que toda persona tiene derecho a una protección especial durante su ancianidad, comprometiéndose los Estados parte a adoptar, de manera progresiva, las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y, en particular, a proporcionar instalaciones adecuadas a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de obtenerlas por sí mismas **(36)**.

El Protocolo de San Salvador se ocupa explícitamente de los derechos de quienes están atravesando esta etapa especial de la vida, con

(34) "Informe sobre la gestión del agua en la República Argentina", ob. cit., p. 15.

(35) ARMIJO, Gilbert, "Poder económico y discriminación etaria: la tutela del adulto mayor como derecho humano emergente", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XV, Montevideo, 2009, ps. 387 y ss.*

(36) Art. 17, inc. a), ley 24.658, que aprueba el Protocolo Adicional citado.

prescindencia de cualquier calidad, salvo la edad avanzada; aunque luego, en forma contradictoria, limita la protección a aquellos abuelos que no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismos.

En lo que respecta al tema del agua, el art. 11 de la citada ley establece que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.

IV.1.e. Las personas con discapacidad

La posibilidad de acceder a servicios de abastecimiento de agua y saneamiento es crucial para las personas con discapacidad, quienes históricamente han sido objeto de marginación y discriminación, debido a que sus necesidades especiales no se han tenido en cuenta al diseñar los edificios, los servicios y la infraestructura. El acceso al agua y a los servicios de saneamiento es indispensable para una vida digna e independiente.

En muchos casos es necesario hacer pequeños cambios en el diseño y ajustes que son de bajo costo, para que las instalaciones y los servicios de agua y saneamiento sean accesibles para los discapacitados. El diseño universal debería ser una prioridad en la construcción de las viviendas, servicios e instalaciones.

La OG 15 del CDESC, con respecto a la accesibilidad, establece que el agua, las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población, sin discriminación alguna; debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas.

La Organización Mundial de la Salud estima que alrededor del 10% de la población mundial tiene alguna discapacidad que limita su movilidad, cifra que va en aumento debido al envejecimiento de la población, al incremento de enfermedades crónicas, los accidentes de tránsito y las lesiones causadas por los conflictos armados.

Las consecuencias de la discapacidad son más severas en los países en desarrollo, debido a la pobreza generalizada existentes es estos. Un círculo vicioso relaciona la discapacidad con la pobreza crónica: si se es pobre existen mayores probabilidades de ser discapacitado, y si se es discapacitado es más probable ser pobre.

La falta de acceso a servicios especiales de agua y saneamiento en lugares públicos, como las escuelas y hospitales, dificulta el acceso a la instrucción y a la salud de este grupo vulnerable **(37)**. La UNESCO estima que el 90% de los niños y niñas con discapacidad de los países en desarrollo no asiste a la escuela debido, en parte, a esta falencia.

En el sistema interamericano, el Protocolo de San Salvador se ocupa de la protección de los minusválidos; los define como "toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales"; señala que el objetivo central de la protección es que alcancen "el máximo desarrollo de su personalidad" y una "vida plena".

En el año 2006 hubo un avance muy importante en la protección de este colectivo: en el seno de las Naciones Unidas se adoptó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; los Estados se obligan a adoptar medidas tendientes a una sociedad inclusiva.

La Convención consagra el derecho a un nivel de vida adecuado y a la protección social para las personas con discapacidad y sus familias; los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para proteger y promover su ejercicio.

En lo que respecta al tema de esta tesina, los Estados deben asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados, todo a precio asequible para atender a las necesidades relacionadas con su discapacidad **(38)**.

IV.1.f. Los pobres

Cuando hablamos de falta de agua potable y servicios de saneamiento inadecuados, tam-

(37) CENICACELAYA, María de las Nieves, "El derecho al agua...", ob. cit., ps. 241 ss.

(38) Art. 28, inc. 2.a).

bién hablamos de pobreza, por su estrecha vinculación.

Un trabajo de la Universidad Católica Argentina (UCA) reveló que, en Santiago del Estero, por ejemplo, cuatro de cada diez hogares no tienen conexión con el agua corriente, es decir, el 40% de las familias santiagueñas. En Formosa y Chaco, el 35% de los hogares tampoco acceden a cloacas, y en diferentes zonas rurales del país los pobladores deben caminar entre 4 y 6 horas para obtener agua potable.

Como contracara, en otras zonas el agua es derrochada: mientras el consumo promedio del país es de 180 litros de agua, en la Ciudad de Buenos Aires se superan los 560 litros por habitante, mostrando una marcada brecha federal.

Es claro que ningún ser humano puede vivir sin agua; se trata de un derecho inherente a su persona. Por lo tanto, no cabe más que concebirlo como un derecho humano fundamental, y requiere de parte de los Estados que se lo reconozca efectivamente como tal, y que sus acciones se direccionen a fin de asegurar a sus habitantes un acceso adecuado al agua potable.

El agua potable es un recurso vital para el ser humano, constituye un bien común universal, patrimonio vital de la humanidad, y debe ser considerado un derecho básico, individual y colectivamente inalienable **(39)**.

En 1776, el economista escocés Adam Smith escribía algo sobre la paradoja del diamante y el agua: "No hay una cosa más útil que el agua ni habrá cosa que pueda darse a cambio por ella. Por el contrario, un diamante apenas tiene valor intrínseco de utilidad, y por lo común pueden permutarse por él muchos bienes de gran valor".

Muchos años después, resulta evidente que tal valuación presenta un desequilibrio. Si bien los diamantes (y otros bienes como el petróleo, el cobre y el gas natural) son importantes, no resultan esenciales para la supervivencia. El agua es vital y ha desarrollado un vínculo inextricable con otras cuestiones fundamentales, como la vida, la salud, la alimentación, el comercio, la urbanización, la energía y la conservación de los ecosistemas **(40)**.

El informe llamado "Nuestro futuro común" (o "Informe Brundtland"), elaborado en 1987 por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, expresa: "El desarrollo sustentable es aquel que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las futuras de atender a las propias".

Esta definición encierra dos conceptos básicos: "El concepto de necesidades, en particular las necesidades esenciales de los pobres, a quienes se debería otorgar prioridad preponderante; la idea de limitaciones impuestas por el grado de tecnología y la organización social entre la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras.

"Para la Comisión, el concepto de desarrollo sustentable tiene como objetivo promover la armonía entre los seres humanos y entre la humanidad y la naturaleza". La sustentabilidad es requerida en cuatro áreas: a) ecológica, que posibilita la capacidad de renovación y regeneración de los recursos; b) social, que permita la igualdad de oportunidades de la sociedad y estimule la integración comunitaria, asegurando la satisfacción de las necesidades y participando en la gestión ambiental; c) cultural, para reafirmar las formas de relación entre el hombre y su medio; y d) económica, que implica la internalización de los costos ambientales, equidad dentro de la generación actual y respeto de las generaciones futuras.

Por otra parte, la Conferencia Internacional sobre el Agua Dulce, celebrada en Bonn en el 2001, cuyo tema fue el agua como clave del desarrollo sostenible, expresó: "El agua es un elemento clave del desarrollo sostenible, indispensable en sus aspectos sociales, económicos y ambientales. El agua es vida, esencial para la salud humana. El agua es un bien económico y un bien social que debe distribuirse, en primer lugar, para satisfacer necesidades humanas básicas. No hay nada que pueda sustituir el agua: sin

(39) CAFFERATTA, Néstor A. — TERZI, Silvana, "Derecho ambiental. Dimensión social", Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 686 y ss.

(40) PRUD'HOMME, Alex, "El efecto dominó, el destino del agua en el siglo XXI", Editorial Capital Intelectual, Buenos Aires, 2012, p. 491.

ella perecen los seres humanos y otros organismos vivos, los agricultores no pueden cultivar los alimentos, las empresas no pueden funcionar. La seguridad del abastecimiento de agua es un aspecto clave de la reducción de la pobreza".

La Conferencia recomienda la adopción de medidas de buen gobierno, con el objeto de garantizar el acceso equitativo de todos al agua; recomienda prestar una atención especial a mejorar la participación de todos los interesados en calidad de usuarios o protectores de los recursos hídricos, en particular los pobres, que suelen ser excluidos de los procesos de decisión; recomienda vigilar por que la infraestructura y los servicios de abastecimiento de agua atiendan a los pobres; la infraestructura y los servicios de abastecimiento de agua deben operar en beneficio de los pobres y se deben tener en cuenta las necesidades de ambos sexos **(41)**.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) afirma que sin agua no hay salud, ni educación, ni igualdad entre sexos. Se calcula que por cada dólar invertido en suministro de agua potable se ahorran entre 3 y 34 en sanidad. Las horas que pasan los menores transportando el agua en lugar de ir a la escuela explica lo segundo. El hecho de que sean las mujeres las que deban cargar con el peso de las vasijas de agua para proveer a sus comunidades, tras interminables recorridos en busca de pozos o ríos, aclara lo tercero.

Los aspectos sociales de la gestión hídrica se relacionan fundamentalmente con las condiciones de calidad de vida del sector más vulnerable de la población —los pobres—, que viven en condiciones de exclusión por la incapacidad para acceder a los servicios de agua potable y saneamiento o por estar sometidos a los riesgos asociados con el agua. Salud y cobertura de servicios de agua potable y saneamiento son indicadores principales de esa relación.

Las mejoras en el abastecimiento y disponibilidad de agua de buena calidad y la depuración de las aguas residuales desempeñan un papel importante en la disminución de la incidencia de las enfermedades de origen hídrico **(42)**.

(41) Disponible en *www.unesco.org/new/multimedia/pdf.*

(42) "Informe sobre la gestión del agua", ob. cit., p. 106.

V. Capítulo III

V.1. Efectivización de derecho al agua

El derecho de acceso al agua potable y la correlativa obligación estatal de garantizar este derecho han cobrado una importancia significativa en los últimos tiempos. Ello verificado tanto en la labor de los organismos internacionales, como así también en la tutela judicial para su efectivo cumplimiento.

Existe un conjunto normativo e institucional que condiciona las políticas públicas en materia del derecho humano al agua y al saneamiento, como así también las prácticas de los agentes privados y estatales vinculados con el sector de abastecimiento de agua potable y saneamiento.

El orden jurídico internacional que contiene a este derecho se encuentra conformado por una serie de instrumentos, algunos de carácter vinculante para los Estados —ley dura—, y otros no vinculantes —ley suave—, dotados de una importante fuerza persuasiva por configurar las expectativas sociales relevantes sobre el comportamiento de sujetos tanto públicos como privados **(43)**.

Este conjunto normativo define sus lineamientos, y pueden analizarse desde dos perspectivas, en las que dichos instrumentos cumplen roles diferentes:a) Desde lo sustancial —es decir, qué pueden exigir sus titulares al Estado y a las empresas prestadoras—, el contenido del derecho humano al agua y saneamiento se encuentra regulado por un marco jurídico internacional integrado por los siguientes instrumentos:

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Protocolo de San Salvador (PSS), todos con el rango de ley dura para los Estados que los han ratificado.

(43) Los instrumentos de ley dura son los tratados, convenciones y protocolos, que obligan a los Estados que han adherido a ellos. Ley suave son las declaraciones, planes de acción y directrices que no constituyen formalmente una obligación internacional de acatamiento; sin embargo, es su peso político, de reputación e institucional lo que incentiva a los Estados a respetarlos.

- Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos "Proteger, Respetar y Remediar" (PR), que establecen cuáles son las obligaciones del sector público y privado frente a los derechos humanos, como instrumento de ley suave.

b) Desde lo procedimental —esto es, cómo alcanzar el desarrollo del derecho humano al agua y saneamiento y cumplir con las obligaciones internacionales—, las políticas públicas en la materia se encuentran orientadas y condicionadas por la combinación de las siguientes normas:

- El PIDESC, que exige remedios efectivos para reclamar el cumplimiento de las obligaciones básicas de parte del Estado y fija una directiva de participación genuina de los afectados en el camino hacia el logro progresivo de la plenitud del derecho (ley dura).

- La CADH pone a cargo de las autoridades nacionales la aplicación directa de los tratados de derechos humanos en el plano interno, bajo la supervisión y apoyo de los organismos internacionales (ley dura).

- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) fija las reglas fundamentales para evitar que las prácticas ilegales socaven la capacidad de los Estados para cumplir con los mandatos en materia de este derecho (ley dura).

- Los PR, que enuncian las buenas prácticas esperables de los actores gubernamentales y privados (ley suave).

Este conjunto de normas internacionales se complementa con los principios regulatorios desarrollados en el ámbito de cada país, en especial los relacionados con el servicio público, cuadro jurídico que permite fijar y alcanzar la finalidad última de todo el sistema: el goce efectivo y universal del derecho humano al agua y saneamiento **(44)**.

En Argentina, la base legal del derecho de acceso al agua adquiere un nuevo matiz constitucional con la reforma la Constitución de la Nación (año 1994), con la incorporación los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, art. 75, inc. 22; los arts. 41, 43; como así también el conjunto de normas de presupuestos mínimos de protección ambiental que se dictaron como consecuencia de la citada reforma; esto se vio reforzado por los arts. 1º y 2º del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, bloque legal que protege el derecho humano al agua.

La incorporación de los tratados de derechos humanos implica para el Estado argentino la prohibición de invocar el derecho interno como fundamento para el incumplimiento **(45)**.

V.2. Obligaciones de los Estados

La consagración del derecho humano al agua genera en cabeza de los Estados tres tipos de obligaciones: respeto, protección y cumplimiento; así lo ha expresado el CDESC en la OG 15 **(46)**:

a) Obligación de respeto: Exige que los Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente con el disfrute del derecho humano al agua, lo que implica el deber de no incurrir en cualquier práctica o actividad que obstaculice o limite el acceso igualitario al agua potable, de no interferir arbitrariamente en los mecanismos consuetudinarios o tradicionales para el suministro de agua y de no disminuir o contaminar las fuentes de agua.

b) Obligación de protección: Requiere que el Estado prevenga la interferencia de terceros en el disfrute del derecho humano al agua. La noción de terceros incluye a individuos, grupos, corporaciones, entidades y los agentes que actúan bajo la autoridad. Proteger implica diseñar y poner en práctica medidas regulatorias tendientes a evitar que esos terceros denieguen el acceso igualitario al agua potable y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos hídricos; incluye las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua. Cuando los servicios de agua potable son operados o controlados por terceros, los Estados deben evi-

(44) JUSTO, Juan B., "El derecho humano al agua y al saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)", Ed. CEPAL, Colección de Documentos de Proyectos, ps. 9 y ss., disponible en *https://www.cepal.org./publicaciones/ 4071/*.

(45) ESAIN, José A. — GARCÍA MINELLA, Gabriel, "Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, p. 407.

(46) OG 15, pts. 17 a 29.

tar que estos comprometan el acceso igualitario a suficiente agua de calidad.

Para prevenir esos abusos debe establecerse un sistema regulatorio efectivo de conformidad con el PIDESC, que incluya monitoreo independiente, participación genuina de los usuarios e imposición de penalidades por incumplimiento.

c) Obligación de cumplimiento: Esta obligación puede ser desagregada en las obligaciones de facilitar, promover y proporcionar. "Facilitar" supone que el Estado adopte medidas positivas tendientes a asistir a los individuos, comunidades y grupos en el disfrute y goce del derecho al agua. "Promover" implica que el Estado debe llevar adelante medidas educativas sobre el uso del agua, y de concientización para el cuidado y ahorro del agua. "Proporcionar": el Estado tiene la obligación de proveer el agua a personas o grupos que se encuentran imposibilitados, por razones ajenas a su control, de realizarlo por sí mismos con los medios a su alcance.

La observancia de esta obligación exige del Estado el reconocimiento del derecho humano al agua en el ordenamiento interno y la adopción de una estrategia y un plan de acción en materia de recursos hídricos, velando por que el agua sea asequible para todos **(47)**.

V.3. Extensión de la responsabilidad de los Estados

Si bien los Estados deben atender el derecho al agua de sus habitantes, el deber de respetarlo, protegerlo y cumplirlo encuentra limitaciones que excluyen la responsabilidad de estos, en los términos del PIDESC.

En primer lugar, la satisfacción plena de los derechos en este régimen es un objetivo progresivo, con lo que su falta de alcance en principio no genera responsabilidad, salvo que se demuestre que el Estado no adoptó el comportamiento adecuado a tal fin, ni dispuso de los medios y recursos disponibles.

La obligación estadual es una prerrogativa de medios, es decir, implica que el Estado debe adoptar los medios adecuados dentro de sus disponibilidades, pero no puede asegurar que logrará en forma inmediata la plenitud del derecho.

Ello es algo progresivo, y con esto la obligación pública se satisface con la adopción de las medidas apropiadas posibles, sin perjuicio de otras que deban esperar a la disponibilidad de recursos para tal fin; para eximirse de responsabilidad, el Estado debe demostrar esta circunstancia.

La dignidad humana —fundamento del reconocimiento de los derechos humanos— y el bien común —causa final del Estado— exigen un equilibrio razonable en la disposición de la totalidad de los limitados recursos estatales, lo que exige priorizar temporalmente la satisfacción de tales exigencias.

Sin perjuicio de ello, todo Estado debe respetar un mínimo indispensable del contenido del derecho al agua, so pena de que una conducta distinta implicará desnaturalizar tal derecho e incurrir en responsabilidad por incumplimiento. Este mínimo que indispensablemente debe satisfacerse importa el consumo personal de agua en cantidad y calidad adecuada para las necesidades insoslayables de cada individuo, en cuanto de ello depende su subsistencia.

La obligación del Estado implica la no limitación indebida por parte de este al acceso del agua ("respetar"); la actuación como poder público frente a terceros que obstaculicen indebidamente ese acceso ("proteger"); y la acción activa frente a individuos o grupos que no puedan por causas ajenas satisfacer el contenido mínimo del derecho ("cumplir"), sea generando condiciones que les permitan superar tal impedimento ("promover") o adoptando medidas directas de asistencia que materialicen las posibilidades de acceso al agua para la subsistencia ("garantizar") **(48)**.

V.3.a. Responsabilidad por omisión

La omisión del Estado en adoptar las medidas y los medios apropiados para el desarrollo del derecho al agua no necesariamente puede resultar de la mera ausencia de una prestación, sino también de la falta de desarrollo normativo que permita tal servicio.

(47) JUSTO, Juan B., "El derecho humano al agua y al saneamiento...", ob. cit., ps. 23 y ss.

(48) MARTIN, Liber y otros, "El derecho humano al agua", ob. cit., ps. 105 y ss.

Un fallo de la Corte Suprema de nuestro país, en conformidad con la opinión del procurador general, sostuvo que "reconocer un derecho, pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo" **(49)**. La falta de un régimen jurídico que instrumente la protección del derecho al agua podría implicar una omisión estatal generadora de responsabilidad. Para configurarse dicha omisión antijurídica se requiere que las entidades estatales incumplan una obligación legal expresa o implícita de brindar cierto servicio. En este contexto, las obligaciones de actuar frente al derecho al agua se consolidan a partir de las normas que, en cada sistema nacional o internacional, reconocen el contenido del derecho con ciertos elementos mínimos a cargo del Estado.

Es un presupuesto de la responsabilidad estatal la existencia de un daño producido por el incumplimiento de un deber, ya sea porque no se alcance el resultado mínimo o no se adopten los medios adecuados posibles. La responsabilidad estatal por omisión en relación con el derecho al agua no debe ser abordada con exclusividad desde la óptica patrimonialista. La responsabilidad civil o compensatoria del Estado es ulterior o secundaria, en el sentido de que lo que procura es compensar el daño sufrido.

El derecho o el acceso al agua se encuentra estrechamente vinculado con la salud, la vida, la dignidad de las personas, por lo que Estado debe priorizar la restitución inmediata del derecho vulnerado, más que la compensación sustitutiva **(50)**.

El sistema internacional de derechos humanos expresamente contempla la necesidad de que los derechos tutelados resulten efectivamente amparados. En nuestro país, el art. 43 de la CN contempla expresamente la acción de amparo contra actos u omisiones de autoridades o de particulares que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos en la Carta Magna, un tratado o una ley; herramienta procesal fundamental, con las características de velocidad, rapidez e inmediatez en la restitución del derecho lesionado.

V.3.b. Responsabilidad por acción lícita e ilícita

El Estado debe responder por sus acciones, sean lícitas o ilícitas. Las acciones lícitas involucran casos donde el Estado actúa dentro de lo previsto por el orden normativo, pero debe sacrificar ciertos bienes en pos de otros considerados de mayor interés social. Estos casos, si bien son legítimos en cuanto a las exigencias sociales, generan responsabilidad estatal para mantener una equidad en las cargas públicas. En la determinación de los intereses de mayor trascendencia, los Estados deben acudir solo en última instancia a la jerarquización de ciertos derechos sobre otros y al consiguiente sacrificio de los derechos relegados.

En el caso de demandas diversas, simultáneas y un recurso de agua finito y escaso, el Estado debe priorizar el abastecimiento para los usos domésticos por sobre otros usos del recurso hídrico; no obstante, debe responder por el perjuicio que causa al interés particular de quien ve disminuida su prerrogativa de acceso al agua.

Las acciones ilícitas son todas aquellas donde el Estado incumpla con la obligación de "respetar" el derecho al agua y, en consecuencia, desarrolle actos que obstaculicen el ejercicio de tal prerrogativa por sus titulares.

V.4. Responsabilidad del prestador del servicio

Durante mucho tiempo, las estrategias e iniciativas de protección de los derechos humanos tenían la mirada puesta sobre el rol y la responsabilidad del Estado. Sin embargo, la actuación e intervención de las empresas en materia de derechos humanos creció significativamente, y con ello la responsabilidad corporativa por violaciones a los derechos humanos, lo que provocó que el tema sea instalado en la agenda de discusión de las Naciones Unidas y otros foros globales.

En este contexto, y por iniciativa de John Ruggie, representante especial del secretario general, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó en junio de 2001 una serie de recomendaciones —conocidas como los PR— para la cuestión de los derechos huma-

(49) CS, 09/04/2002, "Mignone, Emilio F. s/ amparo", consid. 9º, Fallos 325:524, LL AR/JUR/121/2002.

(50) MARTIN, Liber y otros, "El derecho humano al agua", ob. cit., ps. 108 y ss.

nos y las empresas transnacionales y otras, cuyas tres guías principales son:

- El Estado tiene la obligación de proteger a las personas frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. Esa protección constituye la base misma del régimen internacional de derechos humanos.

- Las empresas tienen la obligación de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, y reparar las consecuencias negativas de sus actividades. Ese respeto encarna la expectativa social más elemental en relación con las empresas.

- Es necesario mejorar el acceso de las víctimas a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales, pues ni siquiera los esfuerzos mejor coordinados pueden impedir totalmente que se cometan los abusos **(51)**.

V.5. Niveles de responsabilidad del prestador

La prestación de los servicios por parte de las empresas, sean estas públicas o privadas, involucra cuatro niveles acumulativos de responsabilidad en relación con el marco jurídico del derecho humano al agua y saneamiento:

a) El primer y menor nivel de responsabilidad proviene del deber de respeto, aplicable a todas las empresas de cualquier índole, en virtud de los PR, aun cuando aquellas se vinculen solo indirectamente con el servicio.

b) El segundo nivel se relaciona con el agravamiento de responsabilidad que pesa sobre aquellas empresas que deciden prestar un servicio público.

c) El tercero se configura con el plus de responsabilidad que recae sobre las empresas que prestan servicios de agua potable y saneamiento, en la medida en que gestionan en forma directa un derecho humano.

d) El cuarto y máximo nivel de responsabilidad es el aplicable solo a las empresas prestadoras estatales, que tiene origen en su pertenencia al Estado y en las cargas y controles que tal dependencia entraña **(52)**.

VI. Conclusión

El agua se necesita en todos los aspectos de la vida; los Estados y empresas prestadoras del servicio deben velar por que se mantenga un suministro suficiente, de buena calidad para toda la población, en especial para los grupos vulnerables, quienes tienen dificultad para acceder al recurso líquido; preservar los recursos hídricos adaptando las actividades antrópicas a los límites de la capacidad de la naturaleza y combatiendo los vectores de las enfermedades relacionadas con el agua.

A pesar de la contundente normativa internacional, regional y nacional que lo consagra, su internalización por parte del Estado es incipiente; existe una distancia enorme entre los mandatos que lo regulan y la realidad de su implementación a nivel doméstico.

Es necesaria la implementación de herramientas administrativas y judiciales eficaces para que los ciudadanos puedan exigir la cobertura de los pisos mínimos, la apertura a la participación ciudadana genuina y mecanismos para la rendición de cuentas.

En necesario modificar la cultura del no pago, ajustar el valor económico del recurso para la recuperación de los costos y de esta forma posibilitar el incremento de expansión de la red de agua potable a lugares en donde no existe.

La gestión hídrica está directamente relacionada con las condiciones de calidad de vida de los sectores vulnerables, que viven en condiciones de exclusión por, entre otras causas, la incapacidad de acceder a los servicios de agua potable o estar sometidos a los riesgos asociados con el agua; salud y cobertura de servicios de agua potable y saneamiento son indicadores de esa relación; las enfermedades de origen hídrico constituyen una grave amenaza para la salud de las personas, afectando a los pobres.

(51) JUSTO, Juan B., "El derecho humano al Agua y al saneamiento...", ob. cit.

(52) JUSTO, Juan B., "El derecho humano al agua y al saneamiento...", ob. cit.

DAÑO AMBIENTAL

Prohibición de ingreso al territorio nacional de residuos peligrosos

Carlos A. Luisoni (*)

Sumario: I. Introducción.— II. ¿Residuos peligrosos o insumos?— III. Prohibición de tránsito, introducción e importación de residuos peligrosos procedentes de otros países. Alcance.— IV. Las críticas.— V. Análisis de situación.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

El 27/08/2019 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina el dec. 591/2019, modificatorio de los decs. 181/1992 y 831/1993 (este último reglamentario de la ley 24.051 de Residuos Peligrosos), en lo referente a la prohibición de tránsito, introducción e importación de residuos, incluso peligrosos, procedentes de otros países.

Dada la sensibilidad de la materia que regula, álgidas críticas se han suscitado con relación a la posible inconstitucionalidad y regresividad ambiental. Ello, pues no solo el art. 41 de la CN prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos (y de los radiactivos), sino que tal valladar se desprende del art. 3º de la ley 24.051 de Residuos Peligrosos, de conformidad con lo preceptuado por el antecedente directo de esta norma, el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación **(1)**.

En tal sentido, es menester señalar que la ley 24.051 regula la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos (art. 1º), entendiendo por tales a todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general, y en particular los indicados en el anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el anexo II de la ley (art. 2º).

Asimismo, el párr. 3º del mentado art. 2º preceptúa que "[l]as disposiciones de la presente serán también de aplicación a aquellos residuos peligrosos que pudieren constituirse en insumos para otros procesos industriales". Sobre esta base es que corresponderá analizar el objeto de este ensayo, pues —pese a aparentar ser paradójico— el citado párrafo reconoce la existencia dos estadios distintos en el proceso de gestión de residuos peligrosos.

Empero, el 14/02/2020 se publicó en el Boletín Oficial el dec. 148/2020, el cual derogó el citado dec. 591/2019. Así, restauró la aplicación del dec. 181 del 24/01/1992 y del dec. 831 del 23/04/1993, en su redacción original. Ello, hasta tanto los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y de Desarrollo Productivo, formulen una propuesta normativa para regular la cuestión, "que promueva una gestión integral de los residuos en el marco de una economía circular". Tal propuesta debía realizarse dentro de los ciento ochenta días posteriores a la entrada en vigencia de este nuevo decreto.

(*) Abogado (Universidad Nacional del Sur). Mediador (Fundación CIJUSO). Diplomado en Ambiente, Tecnología y Derecho (UNS - ITBA) y especialista en Derecho Penal (UNS). Docente por concurso en la asignatura Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la carrera de Abogacía de la UNS, y de otras asignaturas de la misma casa de altos estudios. Director del Instituto de Derecho Ambiental del Colegio de Abogados de Bahía Blanca.

(1) Suscripto en la Ciudad de Basilea (Confederación Suiza) el 22/03/1989, y aprobado por ley 23.922 (BO del 24/04/1991).

Este cambio de rumbo, según se desprende de los considerandos de la norma, se fundamenta en el hecho de que "...el dec. 591/2019, lejos de alinearse con los presupuestos de la gestión integral de los residuos en el marco de una economía circular, implica reducir el nivel de protección que el art. 41 de la CN y la normativa dictada en la materia confieren al ambiente al flexibilizar el ingreso al país de sustancias u objetos obtenidos a partir de la valorización de residuos". Asimismo, se destaca que "la problemática vinculada a los residuos en nuestro país requiere la adopción urgente de medidas que tiendan a evitar su generación y, cuando ello no sea posible, promuevan su gestión integral y fomenten el recupero, el reciclado y la valorización. Que, en dicha línea, resulta vital internalizar las variables social, ambiental y económica en la promoción de una industria del reciclado, circunstancia que no solo no ha sido considerada, sino que se ha visto menoscabada por el dictado del dec. 591/2019".

II. ¿Residuos peligrosos o insumos?

Tal como anticipara en las líneas iniciales, el párr. 3º del art. 2º de la ley 24.051 formula una aclaración trascendental en lo que respecta a la determinación del concepto de residuo, cuestión que perimirá demarcar un línea divisoria entre lo que es un residuo y lo que no. Ergo, entre lo que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la ley y lo que no resultaría alcanzado por sus disposiciones.

Según el punto 27 del Glosario que recepta el dec. 831/1993 [anexo I.a)], es residuo "todo material que resulte objeto de desecho o abandono", revistiendo la categoría de peligroso en caso de ajustarse a las previsiones del ya citado art. 2º de la ley. Tal definición, a la que nada puede objetársele desde lo conceptual, de aplicarse con literalidad podría abrir las puertas de escape a los alcances de la norma. Ello, dado que, si nos encontramos ante un insumo, es decir, una "materia prima empleada en la producción de otros bienes" (conforme se indica en el punto 17 del citado Glosario), resulta evidente que el objeto de dicha sustancia no es el desecho o abandono y, por ende, al no ser residuo, quedaría fuera de los alcances de la ley.

Desde tal atalaya, se vislumbra la razonabilidad y utilidad de la fórmula prevista en el párr. 3º del art. 2º de la ley 24.051. Al preceptuar que "[l]as disposiciones de la presente serán también de aplicación *a aquellos residuos peligrosos que pudieren constituirse* en insumos para otros procesos industriales", se efectúa una distinción. Es así que, según parece, la intención de la norma es evitar que ciertos residuos queden fuera del ámbito de aplicación de la ley por el solo hecho de ser susceptibles de ser empleados en otros procesos productivos. De ahí que el mentado punto 17 del Glosario continúe diciendo: "...como asimismo aquellos residuos peligrosos que puedan intervenir en procesos industriales" **(2)**.

Ahora bien, lo hasta aquí expuesto es una situación muy distinta a aquella en la que el residuo es tratado, perdiendo la calidad de peligroso, y luego convertido en materia prima. En este supuesto, ya no se trataría de un residuo peligroso que puede potencialmente servir de insumo, sino de un insumo puro.

Precisamente, esta última es una de las funciones de las plantas de tratamiento, pues, conforme establece el art. 33 de la ley 24.051, en ellas "se modifican las características física, la composición química o la actividad biológica de cualquier residuo peligroso, de modo tal que se eliminen sus propiedades nocivas, o se recupere energía y/o recursos materiales, o se obtenga un residuo menos peligroso, o se lo haga susceptible de recuperación, o más seguro para su transporte o disposición final". En la misma sintonía, y según surge del mentado Glosario, el tratamiento puede tener la virtualidad de transformar al residuo en no peligroso o menos peligroso. Es así que, a partir del tratamiento del residuo peligroso, aquel podría dejar de ser residuo o dejar de ser peligroso, y quedaría por fuera del alcance de la ley 24.051.

III. Prohibición de tránsito, introducción e importación de residuos peligrosos procedentes de otros países. Alcance

No obstante lo expuesto en el acápite que antecede, en su texto original, el dec. 831/1993,

(2) "17 - Insumo: En cuanto a las disposiciones de la ley y el presente, entiéndase por insumo a toda materia prima empleada en la producción de otros bienes como asimismo aquellos residuos peligrosos que puedan intervenir en procesos industriales".

reglamentario de la ley 24.051, establece en su art. 3º que "[q]uedan comprendidos en la prohibición establecida en el art. 3º de la ley, aquellos productos procedentes de reciclados o recuperación material de residuos que no sean acompañados de un certificado de inocuidad sanitaria y/o ambiental, según el caso, expedido previo al embarque por la autoridad competente del país de origen, y ratificado por la autoridad de aplicación, previo al desembarco". Asimismo, dicha norma aclara que lo expuesto concuerda con lo normado por el dec. 181/1992, el que, junto con la ley 24.051 y este Reglamento, regirá la prohibición de importar residuos peligrosos.

Por su parte, el dec. 181/1992, en el art. 1º de su texto original, prohíbe el transporte, la introducción y la importación definitiva o temporal al territorio nacional de todo tipo de residuo, desecho o desperdicio procedente de otros países (como anexo I incluía una nómina de carácter enunciativo).

Este decreto define al residuo, desecho o desperdicio como "toda materia, sustancia u objeto producido en cualquier actividad y a cuya eliminación, reciclado, recuperación, reutilización y/o disposición final se proceda, se proponga proceder o se esté obligado a proceder, así como también todos aquellos que a juicio de la autoridad de aplicación sean considerados como tales" (art. 3º). Asimismo, incluye dentro de este espectro a "aquellos residuos o desechos procedentes del reciclado o recuperación material de desperdicios que no sean acompañados de un certificado de inocuidad sanitaria y ambiental expedido previo al embarque por la autoridad competente del país de origen y/o procedencia y ratificado por la autoridad de aplicación del presente decreto" (art. 2º).

Como puede apreciarse, el dec. 181/1992 regula la prohibición de ingreso al país de residuos en general, por lo que comprende también a los considerados peligrosos, más allá de encontrarse estos últimos normados por el dec. 831/1993.

En este orden, vale agregar que ambos decretos son contestes en ampliar su alcance, haciéndolo el indicado en primer término respecto de aquellos *residuos o desechos* procedentes del reciclado o recuperación material de desperdicios; y el segundo con relación a aquellos *productos* procedentes de reciclados o recuperación material de residuos. Sin embargo, corresponde hacer notar la existencia de una diferenciación terminológica entre ambos (conforme subrayara), pues mientras el dec. 181/1992 restringe su alcance a residuos o desechos procedentes del reciclado o recuperación, el dec. 831/1993 va más allá y extiende su ámbito de aplicación a los "productos" obtenidos de aquellos.

El dec. 591/2019, publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 27/08/2019, vino a modificar los precitados decs. 181/1992 y 831/1993.

Si bien esta norma ha recibido duras críticas, que serán abordadas *infra*, lo cierto es que ha tenido la virtud de generar cierta unificación de criterios. Ello, pues más allá de modificaciones menores en el articulado del dec. 181/1992, efectuó una sustitución sustancial de su art. 2º, y una derogación de las previsiones del art. 3º del dec. 831/1993.

Concretamente, sustituye el art. 2º del dec. 181/1992, disponiendo que "[q]uedan comprendidos en lo dispuesto en el art. 1º aquellas sustancias u objetos que, obtenidos a partir de la valorización de residuos, no se ajusten a las exigencias y al procedimiento de importación que dispongan la Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación de manera conjunta con el Ministerio de Producción y Trabajo, con arreglo a las siguientes condiciones: a) Que la sustancia u objeto se utilice para finalidades específicas; b) Que exista un mercado o una demanda para dicha sustancia u objeto; c) Que la sustancia u objeto satisfaga los requisitos técnicos para las finalidades específicas, y cumpla la legislación existente y las normas aplicables al producto; y d) Que el uso de la sustancia u objeto no genere impactos adversos para el ambiente o la salud. En caso de existir una norma específica que regule las exigencias técnicas para la importación de estas sustancias u objetos, se aplicará el procedimiento que se establezca en la misma".

Como puede verse, el alcance de estas normas ya no se restringe a "residuos o desechos" o "productos" procedentes del reciclado o re-

cuperación material de desechos, tal como prevén —respectivamente— los decs. 181/1992 y 831/1993, pues quedan comprendidos en la prohibición del art. 1º aquellas *sustancias u objetos obtenidos a partir de la valorización de residuos en general.*

Asimismo, modificó el art. 3º, eliminando del concepto de residuo las materias, sustancias u objetos a cuyo "reciclado, recuperación, reutilización y/o disposición final" se proceda y aquellos "que a juicio de la autoridad de aplicación sean considerados como tales". No obstante ello, la modificación del art. 5º facultaba a las autoridades de aplicación para dictar normas complementarias, que deben incluir "el universo de mercancías alcanzadas".

Los motivos de semejantes modificaciones surgen explícitos de los considerandos del decreto en estudio. Allí se explica, con relación al art. 2º del dec. 181/1991, que se elimina la necesidad de presentar un certificado de inocuidad sanitario y ambiental expedido en origen y ratificado por la autoridad nacional ambiental, pues "de acuerdo a la experiencia recogida por el organismo ambiental con competencia en la materia, en la práctica resulta de imposible cumplimiento, por cuanto los países exportadores únicamente emiten constancias indicando que en el marco regulatorio local, la corriente residual no es considerada un residuo peligroso" (y, según se entiende, no que no sea inocuo). Asimismo, se aclara que la prohibición de importación de todo tipo de residuos se mantiene, y que lo que se permite es el ingreso de mercaderías obtenidas a partir de la valorización de residuos, por lo que ya no se trataría de desechos, sino de insumos, materias o productos. Ello, pues se considera que los residuos que han pasado por operaciones de tratamiento, siendo valorizados, dejan de ser tales.

IV. Las críticas

El dec. 591/2019 ha sido pasible de distintas críticas desde su sanción. Al respecto, he de señalar que dejaré de lado aquellas voces que manifestaban que el decreto en estudio autorizaba el ingreso de residuos a nuestro país **(3)**, por cuanto —como vimos— no es eso lo que decía la norma.

Analizadas las distintas publicaciones mediáticas suscitadas a raíz de la aparición del decreto bajo estudio, se advierte que algunas corrientes apuntan que esta norma viola dos principios ambientales. Uno, el de *no regresión ambiental*, por cuanto refieren que esta nueva legislación sería más flexible que la anterior; el otro, el de *progresividad*, que es la contracara del primero. Tan es así que desde el comienzo se ha proyectado la derogación del decreto **(4)**.

Por otro lado, algunos —más moderados— explicaron que en los días que corren los residuos son insumos, por lo que el centro de atención ha de ponerse en qué tipo de residuo/insumo se pretende importar y para qué fin. En similar sintonía, el 16/09/2019, el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) resolvió manifestar su rechazo al dec. 591/2019, por entender que no se ha cumplido, en el ámbito de dicho Consejo, una instancia previa a su dictado, de análisis integral de los impactos ambientales, económicos y sociales que dicha medida puede tener sobre las políticas provinciales de gestión integral de residuos, en aplicación del principio precautorio.

Finalmente, huelga señalar que también ha habido quienes se manifestaron a favor de la nueva norma. Así, la Unión Industrial Argentina respaldó la publicación del dec. 591/2019, y también lo hizo con especial énfasis la Cámara Argentina del Acero. Esta última, destacada por aglutinar un sector que utiliza como insumo principal la chatarra ferrosa, remarcó la utilidad y conveniencia ambiental y económica que reporta el nuevo decreto, al menos para ese sector **(5)**.

Al fin de cuentas, tal como se indicara en la Introducción de este ensayo, la derogación fue finalmente lograda con el dec. 148/2020.

(3) En este sentido se manifestó el senador Dalmacio Mera, en su Proyecto de Comunicación S-2652/19. Disponible en *https://www.senado.gov.ar/senadores/senador/454.*

(4) Expte. 4277-D-2019, disponible en *https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=4277-D-2019.*

(5) Ver *http://www.acero.org.ar/la-union-industrial-argentina-respaldo-la-publicacion-del-decreto-591-19/.*

V. Análisis de situación

El dec. 591/2019 vino a modificar las antiguas normas, de casi treinta años de antigüedad, que regían la prohibición de tránsito, introducción e importación de residuos, incluso peligrosos, procedentes de otros países.

Más allá de lo emblemático de los decs. 181/1992 y 831/1993 (este último reglamentario de la ley 24.051 de Residuos Peligrosos), lo cierto es que, en atención al elongado transcurso del tiempo desde la sanción de aquellos, se imponía un reexamen de la cuestión. Ello pues, tal como ocurre en todos los aspectos del desarrollo, los periódicos avances tecnológicos también se reflejan en una mejor y más eficaz gestión integral de los residuos, especialmente en su tratamiento. De ahí la utilidad, tanto ambiental como económica, de la valorización de residuos, transformándolos en materia prima o insumos para ser reincorporados a los procesos industriales, favoreciendo así una economía circular (y evitando su derivación a disposición final). Esto es así pues, amén de que luego de casi treinta años se cuenta con mejores tecnologías que permiten reducir los impactos ambientales negativos, los residuos valorizados como insumos pueden tener la virtualidad de acarrear beneficios económicos (v.gr., materia prima a menor costo).

A lo expuesto cabe agregar que, hoy por hoy, las problemáticas ambientales (incluyendo la gestión de residuos) resultan ser fenómenos globales, en cuya atención todas las naciones deben comprometerse y aliarse. Desde ese andarivel, y en razón del magno alcance que presentan, mal podría adoptarse una posición de aislamiento.

La mixtura de factores precitada, acompañada de una serie de medidas y controles estatales a efectos de impedir el ingreso de verdaderos residuos, constituye un equilibrio propio de la sustentabilidad. Ergo, y desde tal atalaya, no se advierten afecciones a los principios de no regresión y progresividad ambiental. Obrar de modo contrario importaría reconocer una irrazonable existencia de cláusulas pétreas en el ordenamiento jurídico argentino.

VI. Conclusiones

En función de todo lo expuesto, corresponde principiar por destacar que, desde el punto de vista técnico, el dec. 591/2019 tuvo la virtud de aportar orden al cuadro normativo que regula la prohibición de tránsito, introducción e importación de residuos, incluso peligrosos, procedentes de otros países. Por un lado, se unificó dicha regulación en un solo cuerpo, evitando repeticiones innecesarias. Por otro lado, y tal como se señalara precedentemente, el decreto aportó precisión conceptual. Esto último, a su vez, permite distinguir los verdaderos residuos, de aquellos productos derivados de ellos y valorizados, aun reconociendo el eventual riesgo para la salud y el ambiente que ambos pueden representar.

Vale aquí hacer un paréntesis para aclarar que este decreto no resulta contrario al último párrafo de la Constitución Nacional, pues en ninguna ocasión permite el ingreso de residuos al país. Todo lo contrario: la prohibición que establece es absoluta, extremo que desde el punto de vista ambiental lo posiciona mejor que el dec. 181/1992. Digo así, pues en este último decreto la prohibición es relativa, dado que se habilita el ingreso de residuos en caso de encontrarse acompañados del certificado de inocuidad.

Con relación a esto último, es menester remarcar que el núcleo de las críticas a este decreto se centra en el hecho de haberse suprimido la exigencia de que las materias o productos procedentes del exterior sean acompañadas de un certificado de inocuidad sanitaria y ambiental expedido previo al embarque por la autoridad competente del país de procedencia.

Sin embargo, lo cierto es que, pese a tal supresión, la norma incorpora nuevas exigencias en su reemplazo. Nótese que, según preceptúan tanto el dec. 831/1993 (art. 3º) como el dec. 181/1992 (art. 2º), el certificado de inocuidad debía ser ratificado por la autoridad de aplicación nacional, y nada más que eso. Así, y según estos decretos, el control de nuestro país se reduce a convalidar los términos del certificado de inocuidad emitido por el país de origen.

De acuerdo con la letra del dec. 591/2019, perdía vigencia el citado procedimiento, instauran-

do en su reemplazo uno distinto, pero no por eso más perjudicial para la salud y el ambiente. De hecho, tanto en el sistema original como en el previsto por el dec. 591/2019, la decisión final en cuanto al ingreso de estas materias o productos reposa en cabeza de la autoridad de aplicación de nuestro país. Ergo, la Argentina era y sigue siendo quien determina la existencia de riesgo para el ambiente y la consiguiente posibilidad (o no) de ingreso al país.

Empero, y según entiendo, el dec. 591/2019 incorporaba exigencias adicionales para el ingreso al país de estas materias o productos provenientes de la valorización de residuos. Ello, pues estos insumos debían adaptarse a las exigencias y al procedimiento de importación que dispongan la Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación, de manera conjunta con el Ministerio de Producción y Trabajo. Asimismo, debía tratarse de una sustancia u objeto que se utilice para finalidades específicas, siendo necesario que exista un mercado o una demanda para dicha sustancia u objeto. Esta sustancia u objeto debía también satisfacer los requisitos técnicos para las finalidades específicas y cumplir la legislación existente y las normas aplicables al producto. Especialmente, el uso de la sustancia u objeto no habría de generar impactos adversos para el ambiente o la salud. Por último, se agregaba que, en caso de existir una norma específica que regule las exigencias técnicas para la importación de estas sustancias u objetos, se aplicaría el procedimiento que se establezca en aquella (el que, por lógica, debiera ser más exigente que la norma general). Ninguna de todas estas condiciones, que constituyen un verdadero valladar para el ingreso al país de materias o productos derivados de la valorización de residuos, se encuentran contempladas en los decs. 831/1993 y 181/1992. Siendo así, resulta difícil sostener que el dec. 591/2019 resulte más flexible que sus predecesores y, por ende, quebrante los principios de no regresión y progresividad.

En suma, y a todo evento, la flexibilidad que habría de ponderarse no es la del decreto, sino la de la autoridad de aplicación nacional, en el análisis particular de cada caso concreto en el que se pretenda introducir al país materias o productos derivados de la valorización de residuos.

CASOS COMPLEJOS

Argentina, un país nuclear

Primera parte: Encuadre legal, local e internacional, pasivos ambientales y gestión de los residuos radiactivos

Laura Victoria Canale (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Actividad atómica en Argentina.— III. Marco legal nacional de la actividad nuclear.— IV. Minería de uranio y sus pasivos ambientales. PRAMU.— V. Marco legal regional e internacional. Tratados y convenciones. Organización Internacional de Energía Atómica.— VI. Análisis jurídico internacional del vertimiento de residuos radiactivos en el mar.— VII. La reglamentación internacional de transporte de materiales y residuos radiactivos.— VIII. Conclusión.

I. Introducción

Este trabajo se propone presentar, en primer lugar, la situación general en la que se encuentra Argentina en relación con la industria nuclear local y sus aplicaciones. Se detalla la estructura existente en la actualidad, desarrollando conceptos técnicos y científicos que facilitan la comprensión por parte de cualquier individuo lego en materia nuclear. Asimismo, se introduce al lector en el complejo andamiaje legal nacional e internacional que rige la actividad.

Se desarrollan cuestiones relativas a la gestión de los residuos radiactivos y los combustibles gastados, analizando la necesidad de la toma de decisiones fundamentales en cuanto al reprocesamiento y a la disposición final de aquellos, y siempre partiendo de la premisa de que es indispensable crear un consenso público, ya que las decisiones que deban tomarse y las acciones que vayan a emprenderse no pueden prescindir de apoyos y anuencias que trascienden a los organismos dedicados a esta actividad.

Asimismo, a través de este trabajo se presenta la realidad normativa existente en las diferentes jurisdicciones de un sistema federal de gobierno, como es el nuestro, de modo de plantear la necesidad de pensar líneas de acción dirigidas siempre por el concepto de desarrollo sustentable y destinadas a la protección de las generaciones futuras, evitando dualidades o colisión de normas.

II. Actividad atómica en Argentina

Si bien los inicios del sector nuclear en Argentina se remontan al Gral. Manuel Savio **(1)**, cuando en 1945 se decretó al uranio como mi-

(*) Abogada especialista en Derecho Ambiental (UBA). Docente universitaria.

(1) Ingeniero y militar argentino que se destacó por el desarrollo de la industria siderúrgica en el país a través de la dirección de Fabricaciones Militares y de la Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina (SOMISA) durante la década del 40. Fue el encargado de detectar todas las reservas de

neral estratégico; a los ensayos realizados por el físico Enrique Gaviola **(2)** para vincular al área nuclear con la física a partir de 1946; y a lo que se conoció como "Proyecto Huemul" **(3)** (1948), el diseño e implementación de una política nuclear estratégica se inicia con la creación de la Dirección Nacional de la Energía Atómica (DNEA) en 1950. Posteriormente, con la promulgación del dec.-ley 22.498/1956, se reestructuró el sector mediante la absorción de la DNEA por la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA).

Paradójicamente, durante uno de los períodos más largos de inestabilidad política del país, la CNEA mantuvo una orientación de corte autonomista con liderazgos estables. La política estratégica nacional en la materia posibilitó el alto grado de autonomía institucional con el que contó la CNEA durante los años siguientes.

En el inicio de la actividad atómica, la investigación y la fiscalización respecto de la actividad nuclear estaban a cargo de la Dirección Nacional de Energía Atómica (DNEA), organismo creado por el dec. 10.936/1950 del Poder Ejecutivo Nacional, pero a partir de julio de 1954 pasa a depender de Presidencia de la Nación **(4)**.

El campo nuclear se empezó a desarrollar en el país con la formación profesional en las ciencias y tecnologías asociadas; luego, se crearon laboratorios y se iniciaron actividades específicas, como la radioquímica, la metalurgia y la minería del uranio **(5)**. Así es como, en abril de 1955, se firma el convenio entre la CNEA y la Universidad Nacional de Cuyo que dio origen en Bariloche al Instituto de Física, actualmente Instituto Balseiro.

Posteriormente, se desarrollaron actividades específicas para la construcción y operación de reactores de investigación y sus combustibles, la producción de radioisótopos y el empleo de las radiaciones ionizantes para diagnóstico y tratamiento médico, y se alcanzó la madurez con el acceso a la nucleoelectricidad, llegando a producir en ese entonces, y con solo 2 centrales, el 8% de la energía eléctrica del país **(6)**.

En 1956 se establece el marco organizativo de la CNEA, que será reestructurada en 1994, a través del dec. 1540/1994 del Poder Ejecutivo Nacional, manteniendo para sí las funciones de estudio e investigación sobre la producción de la energía nuclear. Por el mismo decreto se crea el Ente Nacional Regulador Nuclear (ENREN), que ejerce la fiscalización y control de la actividad nuclear en el país, manteniéndose como autoridad autárquica en jurisdicción de la Presidencia de la Nación.

El ENREN, a partir de la sanción de la ley 24.804 (Ley Nacional de la Actividad Nuclear), es reemplazado por la Autoridad Regulatoria Nuclear (ARN), organismo encargado de regular las actividades públicas y privadas que se desarrollen en el país en el campo nuclear. También se establecen en la misma ley las funciones que ejercerá el Estado Nacional a través de la CNEA y de la ARN.

Se crea la empresa Nucleoeléctrica Argentina SA (NA-SA), quedando en el ámbito de la Secretaría de Energía y con capital estatal. Tiene a cargo la generación de energía eléctrica de las Centrales de Atucha I y II, y la Central de Embalse.

La CNEA, a su vez, y a partir de la reestructuración, quedó a cargo del estudio, asesoramiento y explotación de yacimientos de minerales

minerales estratégicos del país, entre ellos, todos los yacimientos de uranio conocidos en el territorio argentino.

(2) Reconocido físico argentino que participó activamente en la recuperación del Observatorio Astronómico de Córdoba, en la creación de la Asociación de Física Argentina y del Instituto de Matemática, Astronomía y Física de Córdoba.

(3) Se llamó "Proyecto Huemul" al laboratorio que el científico austríaco Ronald Richter hizo instalar en la isla Huemul en San Carlos de Bariloche. Allí, desde 1948 hasta 1952, dijo estar desarrollando la tecnología necesaria para controlar la fusión nuclear. Durante 4 años permaneció en la isla Huemul bajo un manto de secretismo, lo que finalizó cuando una delegación enviada por el gobierno para fiscalizar los avances anunciados encontró que todos estos eran falsos.

(4) Véase *https://www.argentina.gob.ar/cnea/historia/decada-19501959.*

(5) Fuente: *https://www.argentina.gob.ar/cnea/historia.*

(6) Véase *https://www.cab.cnea.gov.ar/index.php/noticias-prensa/sala-de-prensa/gacetillas/2-uncategorised/177-historia-de-la-cnea.*

nucleares, y mantiene participación en empresas tales como NUCLEAR Mendoza SE (sobre explotación minera), CONUAR SA (producción del combustible nuclear), INVAP SE (tecnología nuclear), FAE SA (fábrica de aleaciones especiales) y DIOXITEK SA (producción de dióxido de uranio).

En 1989 se inaugura ENSI SE (Empresa Neuquina de Servicios de Ingeniería, Sociedad del Estado), planta industrial de agua pesada para la refrigeración de los reactores, que se instala en Arroyito (Neuquén).

Durante la primera década del 2000 se logra por primera vez en Argentina la separación y purificación del radioisótopo estroncio 90 de fisión, con importantes aplicaciones en medicina e industria.

Se eleva al Congreso de la Nación el primer Informe Anual sobre Gestión de Residuos Radiactivos y Combustibles Gastados, en el marco de la Ley Régimen de Gestión de Residuos Radiactivos (ley 25.018).

Se inician las obras de restitución ambiental en el predio del ex Complejo Minero Fabril Malargüe en la provincia de Mendoza [Proyecto PRAMU **(7)**], y se inaugura el Observatorio de Rayos Cósmicos del Proyecto Internacional Pierre Auger en Malargüe (Mendoza).

Durante esta década, al igual que en la anterior, se firman numerosos contratos entre la empresa INVAP SE, el OIEA y diversos países (Australia, Polonia, Cuba y Egipto, entre otros) para la provisión de elementos combustibles a ser diseñados y fabricados por la CNEA con destino a reactores de investigación.

En la segunda década de este milenio se impulsa la construcción de un reactor nuclear diseñado íntegramente en Argentina y que en la actualidad se encuentra en construcción: el CAREM 25 **(8)**.

El gobierno nacional y la empresa canadiense Candu Energy Inc. suscriben contratos para la extensión de vida de la Central Nuclear Embalse y se concluye la obra de Atucha II.

La central Atucha II se pone en marcha en el 2013, alcanzando su criticidad en el 2014, cuando se sincroniza con el Sistema Interconectado Nacional de Energía Eléctrica.

El Complejo Tecnológico Pilcaniyeu (Río Negro) alcanza los valores que acreditan el enriquecimiento de uranio 235 para uso en combustibles nucleares.

En esta misma década, Argentina y China firman un contrato marco para la provisión de equipamiento y servicios destinados a la construcción de Atucha III.

La CNEA posee, además, centros atómicos de investigación en Ezeiza, Bariloche y ciudad de Buenos Aires (Centro Atómico Constituyentes), y de desarrollo de la actividad docente en el Instituto Balseiro (Río Negro).

La actividad nuclear en Argentina no se limita a la generación de energía nucleoeléctrica. La investigación y el desarrollo de aplicaciones de la tecnología nuclear con fines pacíficos también se pueden encontrar en el agro, la industria y la medicina.

En 1961 se creó el Servicio de Asistencia Técnica a la Industria (SATI), a través del cual el sec-

(7) El Proyecto de Restitución Ambiental de la Minería del Uranio (PRAMU) es un programa de remediación de la contaminación y de disposición final adecuada de los residuos generados por las explotaciones hechas por y para la CNEA, financiado por un préstamo del Banco Mundial y prueba piloto a nivel mundial, que hoy se replica en otras partes del planeta.

(8) Esta clase de reactores tienen una gran proyección para el abastecimiento eléctrico de zonas alejadas de los grandes centros urbanos o de polos fabriles e industriales con alto consumo de energía (incluyendo la capacidad de alimentar plantas de desalinización de agua de mar). El prototipo está siendo construido en Lima, provincia de Buenos Aires, en el Centro Atómico Atucha. Esta primera versión de los reactores tipo CAREM será capaz de generar 32 megavatios eléctricos, y se destaca por un riguroso estándar de seguridad aplicado desde el diseño, obtenido mediante soluciones de alta ingeniería que simplifican su construcción, operación y mantenimiento. Se prevé que alrededor del 70% de sus insumos, componentes y servicios vinculados sea provisto por empresas argentinas certificadas bajo los exigentes estándares internacionales de calidad, supervisados por la CNEA. Véase *https://www.argentina.gob.ar/cnea/carem.*

tor nuclear logró la articulación y vinculación con la industria metalmecánica local y consolidó una consistente infraestructura nuclear. Así, brindó y brinda servicios de asistencia tecnológica con transferencia de conocimiento a empresas de los sectores farmacéutico, agropecuario, petrolero, químico, energético, pesquero, lácteo, automotriz, plástico, metalúrgico, de alimentos, hospitalario y sanitario, textil, agroquímico y de transporte.

La Planta de Irradiación Semi-Industrial (PISI) que posee la CNEA en el Centro Atómico Ezeiza (CAE) brinda servicios de irradiación de productos y materias primas en escala industrial y preindustrial utilizando radiación gamma. Se irradian productos de uso médico, alimentos, banco de tejidos, productos odontológicos y farmacéuticos, cosméticos, material apícola y papel, entre otros.

Ejemplos de estas numerosas aplicaciones de la tecnología nuclear se pueden encontrar en diversos laboratorios de microbiología, en la irradiación de alimentos frescos y desecados para favorecer su conservación o para la mitigación de riesgos microbiológicos, en la conservación y restitución de documentos asegurando el patrimonio cultural, en la irradiación semiindustrial de diversos productos tales como biomédicos descartables o equipos quirúrgicos y odontológicos, prótesis, huesos y piel provenientes de bancos de tejidos de hospitales nacionales y del exterior, envases, suero bovino, productos farmacéuticos y material de laboratorio para su esterilización por radiación; y alimentos, productos veterinarios, alimentos para mascotas, insumos para bioterios, material apícola y productos cosméticos para descontaminación.

En lo referido a las aplicaciones agronómicas, la actividad nuclear se utiliza para el estudio de la erosión hídrica y se busca adecuar la fertilización de los suelos al sistema de labranza, evitando la pérdida de materia orgánica y asegurando un uso eficiente de los fertilizantes. En cuanto a las aplicaciones pecuarias, estas son referidas a la sanidad, nutrición y reproducción de los animales. También aporta soluciones para el control sanitario en apicultura. Asimismo, a través de la implementación del Manejo Integrado de Plagas mediante la Técnica del Insecto Estéril (TIE), con la irradiación se logró un método de supresión o erradicación de plagas a partir del apareo de insectos estériles, impidiendo de esta forma su proliferación, pero impactando de manera beneficiosa en los sectores frutihortícola y vitivinícola del país.

La actividad nuclear en Argentina también hace aportes a la mejora de la calidad de vida de la población desarrollando investigación y aplicación de técnicas nucleares en el diagnóstico y terapia de enfermedades, principalmente oncológicas, siendo referente en América Latina en materia de medicina nuclear, además de ser uno de los principales productores locales, regionales y mundiales de radioisótopos para uso médico.

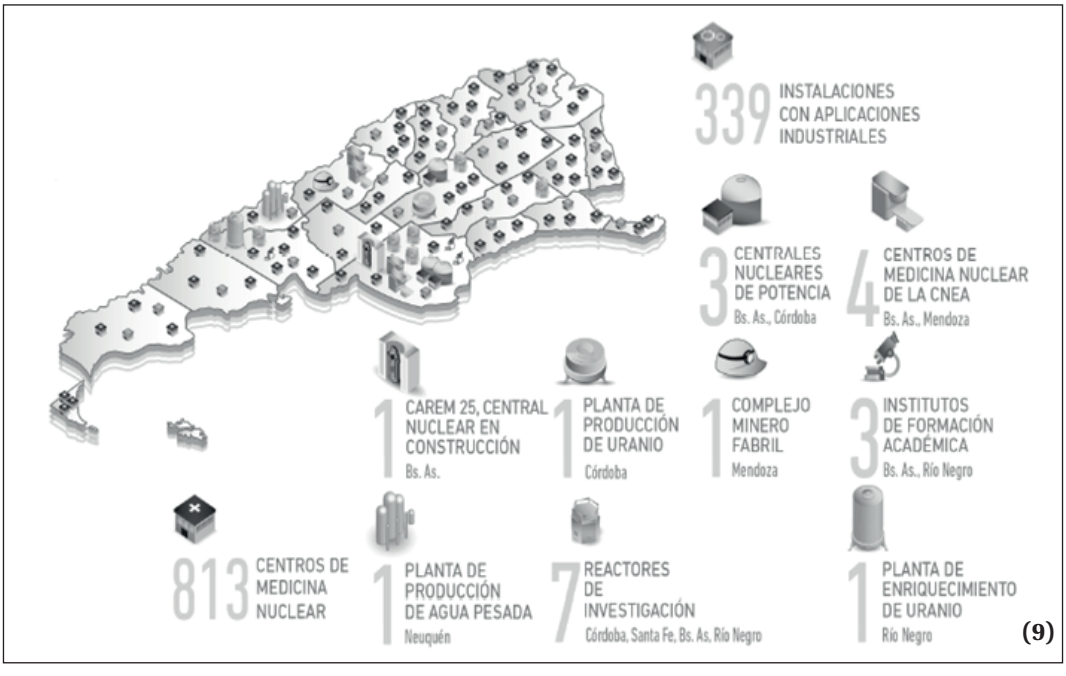
En el Hospital de Clínicas José de San Martín de la ciudad de Buenos Aires se instaló ya a fines de los años 50 el Laboratorio de Radioisótopos para Estudios Hematológicos. que poco tiempo después se transformó en el primer Centro de Medicina Nuclear del país.

A partir de ese momento, el desarrollo de la medicina nuclear se expandió por todo el territorio, creando una amplia red de instituciones públicas y privadas. Encontramos así centros y escuelas de medicina nuclear, centros de cobaltoterapia, centros de radioterapia, centros de braquiterapia, laboratorios de radioinmunoensayos y aceleradores lineales.

Juntamente con el Centro de Medicina Nuclear del Hospital de Clínicas José de San Martín (CABA), el Centro Oncológico de Medicina Nuclear del Instituto Oncológico Ángel H. Roffo (CABA), el Centro de Diagnóstico Nuclear en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y FUESMEN (Fundación Escuela de Medicina Nuclear, Mendoza), a diciembre de 2018 se contabilizan en todo el país 491 centros de diagnóstico y/o tratamiento que utilizan tecnología nuclear.

La CNEA, en su reactor de investigación y producción RA-3, localizado en el Centro Atómico Ezeiza, produce alrededor del 90% de los radioisótopos que consume el país. Se suma en el mismo predio la construcción de un nuevo reactor de investigación multipropósito RA-10, con la intención de expandir estas posibilidades.

El siguiente cuadro localiza los principales puntos de actividad nuclear en el país. Son en total 339 instalaciones con aplicaciones industriales, 813 centros de medicina nuclear, 4 centros de medicina nuclear que controla la CNEA, 3 instituciones de formación académica (con instrumentos nucleares en sus instalaciones), 1 planta de enriquecimiento de uranio, 7 reactores de investigación, 1 planta de producción de agua pesada (virtualmente desactivada), 1 reactor CAREM 25, 1 planta de producción de uranio y 1 complejo minero fabril (otro desactivado y otro proyectado). El relevamiento no contabiliza los equipos radiológicos medicinales, veterinarios, odontológicos o industriales, ni la planta de esterilización y desinsectación de Ezeiza.



(9)

Argentina hoy cuenta con 3 centrales nucleares productoras de electricidad e incorporadas al sistema nacional de transmisión (Atucha I y II, y la Central Nuclear Embalse), 1 reactor de baja y media potencia en construcción en Atucha (Proyecto CAREM 25), 5 reactores de investigación operativos (Centro Atómico Constituyentes, Centro Atómico Ezeiza, Instituto de Estudios Nucleares y Radiaciones Ionizantes de la Facultad de Ciencias Exactas de la Universidad Nacional de Rosario, Centro Atómico Bariloche y en la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de la Universidad Nacional de Córdoba), a los que se suma 1 reactor nuclear multipropósito, en construcción en el Centro Atómico Ezeiza **(10)**.

También se han creado sociedades estatales o con participación estatal que cubren las tareas de investigación, desarrollo y producción necesarias en la industria nuclear. Así, encontramos a CONUAR SA (Combustibles Nucleares Argentinos SA, creada en 1981 como proveedora de los combustibles nucleares para las centrales nucleares argentinas), ENSI SE (Empresa Neuquina de Servicios de Ingeniería Sociedad del Estado, creada en 1989 por la provincia de Neuquén para la operación de la Planta Industrial de Agua Pesada —PIAP— ubicada en esa provincia y para la comerciali-

(9) Véase *http://www.energia.gob.ar/contenidos/verpagina.php?idpagina=4152.*

(10) Se prevé su finalización en 2021, según COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ATÓMICA, "Memoria y balance 2016", *https://www.cnea.gob.ar/es/wpcontent/uploads/2017/11/Memoria_y_Balance_2016.pdf.*

zación del agua pesada), DIOXITEK SA (creada en 1982 para la conversión a dióxido de uranio —UO2— del concentrado de uranio; se ubica en la ciudad de Córdoba), INVAP SE (Investigaciones Aplicadas Sociedad del Estado, creada en 1976 en Bariloche, con el objetivo de desarrollar y comercializar tecnología nuclear en un inicio casi exclusivamente para la CNEA, pero con el tiempo fue ampliando su campo de acción especializándose en satélites, radares y reactores de investigación).

En materia de Investigación + Desarrollo (I+D), podemos encontrar la aplicación de la tecnología nuclear en física atómica, molecular y óptica; en física de superficies; en fusión nuclear y física de plasmas; física estadística de sistemas complejos; partículas y campos (rayos cósmicos y astropartículas, con análisis de datos del Observatorio Auger, Malargüe, Mendoza); en aplicaciones forenses; en la física de materiales a través de resonancias magnéticas y propiedades magnéticas de materiales; en nanociencia y nanotecnología; en energías renovables (celdas solares híbridas, sensores de radiación solar para uso terrestre, paneles solares para uso espacial, concretamente en satélites); en química y en robótica.

Existen en la actualidad 1.332 instalaciones en todo el país bajo control regulatorio de la ARN y 3.139 muestras de ensayos en los laboratorios propios de la misma autoridad, según consta en el respectivo inventario del año 2018 **(11)**.

Desde su creación hace ya casi 70 años, el desarrollo de la actividad nuclear en Argentina transitó por distintas etapas, algunas de crecimiento y otras de contracción, repuntando a partir de 2006 **(12)**. Se pasó por la puesta en marcha de reactores de investigación, de reactores productores de radioisótopos y de reactores de potencia; por la explotación de minas de uranio; por el enriquecimiento de uranio, dominando el ciclo del combustible nuclear; y por las aplicaciones de la tecnología nuclear a la salud, a la industria y al agro.

Todos los sitios producen residuos nucleares que deben ser cambiados, retirados, tratados y depositados en instalaciones especiales, según su nivel de emisión de radiaciones **(13)**.

Teniendo presente el nivel descripto de actividad nuclear en Argentina, se puede afirmar que, aun así, el volumen de los residuos radiactivos y los combustibles irradiados de todo el país es ínfimo, si se lo compara, por ejemplo, con el de los residuos domiciliarios. Y el potencial energético que suple a los combustibles fósiles es absolutamente considerable: una pastilla de dióxido de uranio (5 gramos) equivale a 500 litros de petróleo o 1 tonelada de carbón mineral o 40 garrafas de gas.

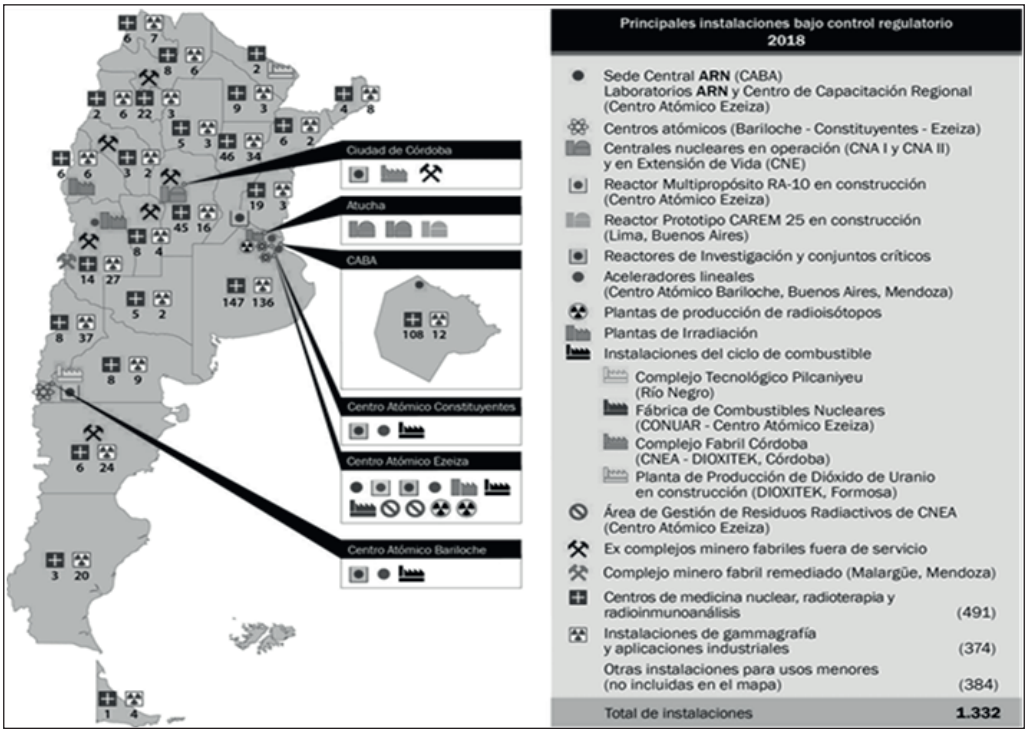
El gráfico a continuación expresa la importancia y la diversidad de la actividad nuclear en el país, siendo todos y cada uno de los actores indicados generadores de residuos radiactivos y de combustibles gastados **(14)**.

(11) ARN, "Informe anual 2018", cap. 1: "La actividad regulatoria", *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cap1_ia2018.pdf*.

(12) BARBARAN, G. A., "Análisis de requerimientos de inversiones e infraestructura. Sector nuclear argentino", Ed. Cámara Argentina de la Construcción, Área de Pensamiento Estratégico, Buenos Aires, agosto 2015.

(13) Véase *http://www.energia.gob.ar/contenidos/verpagina.php?idpagina=4152*.

(14) ARN, "Informe anual 2018", ob. cit.



III. Marco legal nacional de la actividad nuclear

Las principales normas que rigen desde su origen a la actividad nuclear de la República Argentina fueron y son las siguientes **(15)**:

- Dec. 10.936/1950. Crea la CNEA. Derogada por el dec.-ley 22.498, derogado y reemplazado por la ley 14.467.

- Dec.-ley 22.498/1956. Organiza la actividad y el funcionamiento de la CNEA, derogado y reemplazado por la ley 14.467.

- Dec. 1540/1994. Reorganiza la actividad y modifica las competencias de la CNEA. Además, crea el ENREN y constituye Nucleoeléctrica Argentina SA.

- Ley 24.804 Nacional de la Actividad Nuclear, reglamentada por dec. 1390/1998.

- Ley 25.018. Dispone el régimen de gestión de residuos radiactivos.

- Ley 25.279. Aprueba la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos adoptada en Viena.

Adicionalmente, la ARN elabora normas de aplicación obligatoria para todas las actividades que regula y que establecen los requisitos para las instalaciones y prácticas, para el personal que opera las instalaciones o realiza las prácticas mencionadas, cuyo cumplimiento minimiza los riesgos

(15) Véase *www.cnea.gob.ar|es|institucional|quienes-somos|marco-legal,* consultado el l 2/12/2018.

asociados al uso de materiales radiactivos y nucleares. También elabora guías regulatorias complementarias, de carácter orientativo, que contienen recomendaciones para cumplir con los requisitos de las normas.

El cuadro normativo de la ARN se establece a partir de la propia experiencia regulatoria, los estándares del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), los criterios de seguridad instituidos en las convenciones internacionales y los criterios científicos recomendados por la Comisión Internacional de Protección Radiológica y el Comité Científico de las Naciones Unidas para el Estudio de los Efectos de las Radiaciones Atómicas.

Cumpliendo el procedimiento interno vigente, los proyectos de normas y guías son revisados por todas las áreas pertinentes de la ARN. Asimismo, conforme a la legislación que garantiza la transparencia y promueve la participación de todas las partes interesadas, los proyectos de normas regulatorias de la ARN son publicados durante un período de tiempo para recibir propuestas de ajustes, que son evaluadas y, de corresponder, incorporadas antes de la aprobación definitiva.

Asimismo, la ARN inició la elaboración de la norma "Sistema de gestión para la seguridad en instalaciones y prácticas", que reúne los requisitos para el sistema de gestión de las entidades responsables respecto de la seguridad radiológica y nuclear, las salvaguardias y la protección y la seguridad física **(16)**.

En simultáneo, el OIEA ofrece a los Estados miembros un Servicio Integrado de Examen de la Situación Reglamentaria, que colabora con el Estado anfitrión para fortalecer y potenciar la eficacia de sus normas reglamentarias en materia de seguridad nuclear, radiológica, de los desechos radiactivos y del transporte, independientemente del grado de desarrollo de sus actividades y prácticas relacionadas con la radiación ionizante o programa nuclear.

A través de ese Servicio se aplica un enfoque integrado, al examinar el marco jurídico y gubernamental de cada país, así como la reglamentación para la seguridad de cada Estado a escala nacional, brindando la oportunidad de realizar exámenes por profesionales homólogos sobre las cuestiones técnicas y normativas en relación con las normas de seguridad del OIEA, quienes recopilan sus conclusiones en informes donde ofrecen recomendaciones y propuestas de mejoras, tomando nota de las buenas prácticas que pueden adaptarse en otros lugares, siempre con el objetivo de fortalecer la seguridad.

Antes de una misión del Servicio Integrado de Examen, los Estados que la solicitaron realizan una autoevaluación empleando la metodología y la herramienta informática desarrolladas por el OIEA. Este organismo internacional y el Estado anfitrión definen previamente el alcance de la misión y, entre otras cosas, las instalaciones y actividades que serán objeto de examen. También se sugiere al Estado anfitrión que, en un lapso no mayor a 4 años después de la misión inicial, convoque a una misión de seguimiento a fin de examinar los avances en la aplicación de las sugerencias y recomendaciones.

Los miembros del grupo examinador, quienes son expertos en su esfera profesional, proceden de Estados miembros del OIEA y llevan de vuelta a sus países ideas extraídas de la misión, permitiendo así un valioso intercambio **(17)**.

Es de destacar, entonces, que todo el conjunto de recomendaciones, sugerencias y propuestas de buenas prácticas realizadas por el Servicio Integrado de Examen son adoptadas y pasan a formar parte de las regulaciones desarrolladas por la Autoridad Regulatoria Nuclear, reglamentando a su vez todo el andamiaje de leyes emanadas del Congreso de la Nación, y que rigen en materia nuclear.

En materia de legislación nuclear internacional, algunos autores, como el catedrático español y especialista en derecho internacional

(16) ARN, "Informe anual 2018", cap. 3: "Cuadro normativo", *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cap3_ia2018.pdf*.

(17) Véase *https://www.iaea.org/es/servicios/servicio-integrado-de-examen-de-la-situacion-reglamentaria-irrs.*

público Julio D. González Campos **(18)**, consideran que las recomendaciones del OIEA forman parte del sistema de *soft law internacional*, porque, al no ser vinculantes, carecen de la condición de obligatoriedad, aunque trazan un plan de acción futuro para el posterior desarrollo normativo.

Al respecto, sostiene la Prof. de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valladolid, España, Margarita Corral Suárez: "...no cabe duda que las recomendaciones de esta organización, aun careciendo de fuerza vinculante *stricto sensu,* no carecen de valor jurídico ni de eficacia. Por un lado, hay casos en que los Estados se encuentran obligados al menos a explicar las razones de su negativa a aceptar una recomendación.

"Las normas de seguridad recomendadas por el organismo tienen carácter obligatorio para los trabajos de la propia entidad y para los Estados firmantes, en aquellas operaciones que realicen con la asistencia del OIEA. Otras recomendaciones ven reforzado su valor jurídico al ser adoptadas en tratados internacionales o al servir de contenido a normas convencionales que remiten de forma genérica a las recomendaciones del OIEA vigentes en cada momento. Otras veces, a través de un acuerdo internacional que establece la obligación de adoptar tales recomendaciones como es el caso del Convenio de Londres. Desde el punto de vista de su eficacia, esta es indudable ya que las recomendaciones del OIEA, por su valor altamente técnico, constituyen para los Estados cuando menos un punto de referencia insustituible" **(19)**.

En el caso de Argentina, todo ese plexo normativo internacional, plasmado en tratados de los que el país es parte, conforme al art. 31 de la CN, "...son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales".

(18) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y otros, "Curso de derecho internacional público", Ed. Universidad de Oviedo, España, 1983, vol. l, p. 627.

(19) CORRAL SUÁREZ, M., "El vertido de residuos radiactivos en la fosa atlántica y el derecho internacional", Ed. Universidad de Valladolid, España, 1988, ps. 62-63.

IV. Minería de uranio y sus pasivos ambientales. PRAMU

La minería y el procesamiento del mineral de uranio originan grandes cantidades de residuos que deben ser gestionados en forma segura, atento al período de actividad extendido de los radionucleidos contenidos en ellos. Se hace indispensable analizar las repercusiones a largo plazo de los fenómenos ambientales tales como la erosión, las inundaciones, la sismicidad, etc., que puedan afectar al sitio en cuestión, así como los programas necesarios para la remediación de las explotaciones mineras y la determinación de lugares destinados al emplazamiento final de los residuos, entre otros pasivos ambientales pendientes del sector.

La discusión sobre los pasivos ambientales mineros fue recientemente incorporada en la agenda legislativa y política en la región. En general, en Argentina, como en muchos otros países, las compañías mineras nacionales o extranjeras no estaban obligadas a remediar los impactos ambientales que sus operaciones ocasionaban en el ambiente. Los costos ambientales no eran económicamente contabilizados, o incluso se asumían como costo cero. En la práctica, los costos efectivos eran con frecuencia soportados por los contribuyentes y los afectados.

El concepto de pasivo ambiental tiene importancia social, ya que su existencia, su cuantificación y la necesidad de su remediación se están afirmando cada vez más en diferentes contextos de reclamo de la sociedad civil y los colectivos sociales.

Un pasivo ambiental es una obligación, una deuda derivada de la no restauración, mitigación o compensación por un daño ambiental ante una contaminación histórica con efectos continuados en el tiempo. Afecta de manera perceptible y cuantificable elementos ambientales naturales (físicos y bióticos) y humanos (la salud y la calidad de vida), e incluso afecta bienes públicos (infraestructura), como son los paisajes y sitios arqueológicos.

Existe siempre la obligación ambiental y social respecto al saneamiento y remediación del daño ambiental, siguiendo el principio de "quien contamina, paga" y debiendo estar los

costos de la reparación en cabeza del titular u operador que haya causado el daño ambiental. También es necesario destacar que la responsabilidad ambiental tiene dos aspectos: primero, la que surge ante la generación del pasivo, es decir, la que corresponde al causante; y segundo, la responsabilidad por su eventual reparación, que no necesariamente va a recaer sobre el mismo sujeto.

A su vez, es necesario distinguir entre la remediación del sitio, es decir, volver el sitio al estado en que estaba antes del daño, y la reparación íntegra del pasivo ambiental o la reparación integral del daño ambiental, que tiene que ver con los flujos de servicios que dejaron de generarse desde que se produjo el daño hasta el momento en que se alcanza la reparación o se logra el retorno del lugar a como estaba antes del daño.

Por lo tanto, el marco jurídico ambiental debe definir las reglas básicas sobre "quiénes" responden por los pasivos ambientales, hasta "dónde" responden y hasta "cuándo" responden.

En el caso concreto de la minería de uranio, son sus pasivos ambientales aquellas instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras, hoy abandonadas o inactivas, que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad. Es un legado de contaminación histórica que afecta a recursos naturales y bienes ambientales y culturales, cualquiera sea su titularidad, y que requiere que ese perjuicio sea reparado.

Los pasivos ambientales de la minería de uranio generan la responsabilidad de recomponer el daño ambiental y remediar los sitios contaminados, aun cuando las alteraciones, modificaciones, vertidos e impactos en general que fueron causa generadora de dichos daños hayan tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigencia de la legislación específica en materia nuclear, ambiental y minera aplicables (leyes 24.585, 25.018 y 25.675).

Las actividades de remediación deben lograr para cada lugar la atenuación de la emisión de radón y la radiación directa; la estabilización y protección contra la erosión para evitar la dispersión de colas; el aislamiento y el confinamiento de las colas, la reducción de la infiltración y la protección contra la erosión, para evitar la contaminación de aguas subterráneas y superficiales, incluyendo la descontaminación y el confinamiento de todos los materiales contaminados.

En Argentina, la responsabilidad por los pasivos ambientales de la minería de uranio, cuya remediación es responsabilidad de la CNEA, bien sea como causante directo o como responsable por la explotación realizada a través de contratistas, opera con carácter retroactivo a la ley 25.018 de Gestión de Residuos Radiactivos.

El Código de Minería argentino, según texto ordenado por el dec. 456/1997, define las distintas sustancias minerales. Así, en el art. 206 se declaran minerales nucleares al uranio y al torio. El art. 207 dispone que quienes exploten minas que contengan dichos minerales quedan obligados a presentar ante la autoridad minera correspondiente un plan de remediación del espacio natural afectado por los residuos mineros, y a neutralizar, conservar o preservar los relaves o colas líquidas o sólidas y otros productos de procesamiento que posean elementos radiactivos o ácidos, cumpliendo las normas aplicables vigentes. Dentro de este andamiaje legal se incluyen las normas regulatorias referidas a minería y concentración de uranio que dicta la ARN, así como la normativa provincial ambiental, teniendo presentes los umbrales fijados por las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, en especial la ley 25.675 (Ley General del Ambiente).

Las autoridades de aplicación designadas por las provincias participan en el Consejo Federal de Minería, creado por la ley 24.228. Dicho Consejo reglamentó la ley 24.585 (actual Título XIII del Código de Minería), detallando las medidas y acciones de prevención y mitigación del impacto ambiental; y las de rehabilitación, restauración o recomposición del medio alterado. Dicho texto, con diferentes alcances y modalidades, fue incorporado por las provincias mineras en sus respectivas legislaciones.

El Código de Minería, en el capítulo donde se regulan las responsabilidades ante el daño am-

biental, establece: "Sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que establezcan las normas vigentes, todo el que causare daño actual o residual al patrimonio ambiental, estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo según correspondiere" (art. 263). Incorpora claramente la posibilidad de responsabilidad retroactiva en relación con los pasivos ambientales. Las legislaciones provinciales recogen este criterio. Así, por ejemplo, la actual res. 25/1998 de Córdoba establece en su art. 14: "Las personas comprendidas en el art. 247 del Código de Minería serán responsables de las consecuencias del impacto ambiental producido *a posteriori* del cese de la explotación, por cualquier causa, por un plazo de cinco años, contados a partir de la resolución de declaración de cese de la explotación que dicte la Autoridad Minera".

La ley 25.018, en sus arts. 9º y 10, establece que la CNEA, como responsable de la gestión de los residuos radiactivos, deberá elaborar un Programa Nacional de Gestión de Residuos Radiactivos para "...gestionar los residuos provenientes de la actividad nuclear incluyendo los generados en la clausura de las instalaciones, los derivados de la minería de uranio y los que provengan de yacimientos mineros abandonados o establecimientos fabriles fuera de servicio".

Este Programa deberá incorporar la recuperación de sitios afectados por la actividad de extracción, molienda, concentración, tratamiento y elaboración de minerales radiactivos procedentes de yacimientos de explotación y sus respectivos establecimientos fabriles, así como de yacimientos mineros abandonados o establecimientos fabriles fuera de servicio (art. 11). La aplicación del principio "impacto ambiental tan bajo como sea posible" deberá hacerse efectiva con programas complementarios de desarrollo sustentable para las comunidades directamente afectadas y quedará sometida a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental que dispongan las provincias.

La misma ley crea un fondo destinado a la financiación de la gestión de los residuos radiactivos, que se conformará con los aportes de los generadores de residuos radiactivos en la forma que establezca la reglamentación, y por aplicación del principio de que "quien contamina, paga".

El Proyecto de Restitución Ambiental de la Minería del Uranio (PRAMU) **(20)** es un programa para la remediación de la contaminación y para la disposición final adecuada de los residuos generados por las explotaciones hechas por y para la CNEA.

El PRAMU está vinculado directamente a la obligación de la CNEA de remediar los pasivos ambientales generados en el pasado, dándole prioridad a la remediación de los pasivos ambientales ubicados en Los Gigantes y El Chichón (ambas en Córdoba), y Malargüe (Mendoza). Es responsabilidad de la CNEA abordar el Proyecto de Restitución Ambiental dentro del marco de la legislación citada y en cumplimiento de lo establecido en el art. 41 de la CN, lo establecido en la ley 25.675 General del Ambiente, en lo que hace concretamente a los presupuestos mínimos de protección ambiental, y teniendo presente toda normativa en materia de responsabilidad y recomposición del daño ambiental colectivo.

El Proyecto que elabora el PRAMU debe disponer, para cada sitio, objetivos tales como la atenuación de la emisión de gas radón y la radiación directa; la estabilización y protección contra la erosión para evitar la dispersión de colas; el aislamiento y el confinamiento de las colas, la reducción de la infiltración y la protección contra la erosión para evitar la contaminación de aguas subterráneas y superficiales, y la descontaminación y confinamiento de materiales contaminados para evitar su dispersión. Para el logro de estos objetivos, aplicará un conjunto de medidas adecuadas, que van desde el uso racional de los recursos y la observación de procesos de análisis de riesgo y de costo-beneficio hasta asegurar que la liberación de contaminantes al ambiente se mantenga en valores tan bajos como razonablemente sea posible alcanzar, asegurar que los contaminantes y sus dosis queden circunscriptos a límites aceptables, mini-

(20) ECyT-AR, "Proyecto de Restitución Ambiental de la Minería de Uranio", *La Enciclopedia de Ciencias y Tecnologías en Argentina*, en *https://cyt-ar.com.ar/cyt-ar/index.php/Proyecto_de_Restituci%C3%B3n_Ambiental_de_la_Miner%C3%ADa_del_Uranio*, modificada por última vez el 08/07/2017.

mizar la intervención del hombre para ejercer el control del sitio gestionado, lograr un mejor aprovechamiento del suelo y el agua al levantar las restricciones de uso y eliminar el factor de intranquilidad de la población.

El uranio es un mineral metalífero que, en estado natural, se encuentra en baja concentración en el suelo y el agua.

En Argentina, los principales yacimientos se encuentran en Salta, Mendoza, Río Negro, Chubut, La Rioja, San Luis, Catamarca y Córdoba. El más importante que hasta el momento se haya explotado en el país se localiza en Sierra Pintada (Mendoza). Pero entre 2007 y 2012 se identificó un área del Proyecto Amarillo Grande (Río Negro) que podría liderar la producción de uranio para el mercado nacional y convertir al país en proveedor internacional, atento a las altas calificaciones del mineral obtenido en las muestras de fosas iniciales.

Una vez extraído el mineral de uranio de la corteza terrestre en forma de roca, se muele y se separa de lo no utilizable por lixiviación (proceso químico que se realiza *in situ, en el lugar de la mina)*, obteniéndose el uranio en polvo, de color amarillo. A este producido se lo denomina "torta amarilla" o concentrado de uranio, del cual, luego de ser sometido a un proceso químico, se obtiene dióxido de uranio, que es compactado en pastillas que se insertan en vainas de aleación especial que luego serán colocadas en el núcleo de un reactor nuclear. Estas etapas se llevan a cabo en la empresa Dioxitek (Córdoba).

El proceso de enriquecimiento del mineral de uranio tiene lugar en el Centro Atómico Pilcaniyeu (próximo a Bariloche, Río Negro), paralizado en 1996, retomando la actividad a principios de 2007, con el relanzamiento del Plan Nuclear Argentino.

Los residuos provenientes de la actividad minera, en general, pueden clasificarse en sólidos y líquidos. En la etapa minera, se habla de roca estéril (sólido), minerales de baja ley (sólido) y agua de mina (líquido). En la etapa de procesamiento de mineral, nos encontramos con colas de mineral (sólido), iodos de precipitación (sólidos) y efluentes líquidos del proceso.

En el caso del uranio, estos residuos son fuente potencial de contaminación química y radiológica, tanto para las personas que trabajan en la mina como para los que resultan expuestos, si dichos residuos se dispersan en el ambiente. El agua de mina puede igualmente contener contaminantes radiológicos y convencionales.

En la actualidad, los sitios con daño ambiental provocados por la minería de uranio son:

1) Dioxitek, Complejo Fabril Córdoba, fábrica dióxido de uranio, ubicada en el Barrio Alta Córdoba. En noviembre de 2016, la fábrica fue clausurada por la Municipalidad de Córdoba por violar ordenanzas sobre actividad industrial. Las decenas de miles de toneladas de residuos de fabricación están enterradas en un predio contiguo.

2) Mina Huemul (Mendoza).

3) Mina La Estela (San Luis).

4) Complejo Minero Fabril Los Colorados (La Rioja).

5) Complejo Minero Fabril Los Gigantes, a 30 km de Carlos Paz (Córdoba). La explotación fue hecha por la empresa Sánchez Granel entre 1982 y 1990, cuando fue clausurada. En 1985 se desbordó un dique de colas y aguas residuales que llegaron al río San Francisco. Los residuos de la explotación están a cielo abierto y los pobladores de la zona temen que se rompa el sistema de diques de retención y que el agua contaminada desemboque en los arroyos Cajón y Cambuche.

6) Mina Los Adobes y planta de concentración de uranio de Pichiñan (Chubut).

7) Sierra Pintada (Mendoza), minas de uranio.

8) Yacimientos Don Otto, Los Berthos y Martín Miguel de Güemes y planta de concentración de uranio de Tronco (Salta).

Al ex Complejo Fabril Minero Malargüe (Mendoza) expresamente se lo excluye de este listado de sitios afectados, por haber culminado recientemente el proceso de remediación ambiental, tarea realizada por la CNEA a través de PRAMU.

Así es como el parque "El Mirador" (Malargüe, Mendoza) se convirtió en la primera obra de remediación ambiental de la minería del uranio en Argentina y Latinoamérica. Se trata de un espacio público de 7 hectáreas para la comunidad ubicado en un predio que la CNEA cedió a la Municipalidad de Malargüe, que se encargará de su administración como "área verde" dentro del "Plan Estratégico para Malargüe al 2020". Tiene un área destinada a actividades deportivas con bicisendas, sendero aeróbico y otro peatonal para personas con discapacidad visual; cuenta con sectores de pérgolas en áreas sociales, juegos infantiles, un anfiteatro y sanitarios. Entre 1954 y 1986, el ex Complejo Fabril Malargüe procesó uranio proveniente de las minas Huemul y Sierra Pintada, ubicadas en Mendoza. Las obras para el encapsulado definitivo de las colas de mineral de uranio de ese complejo muestran un ejemplo de minería segura y responsable de acuerdo con las buenas prácticas nacionales e internacionales que la CNEA lleva adelante según lo dicta la ley 25.018 de Régimen de Gestión de Residuos Radiactivos, y garantizan la protección del ambiente para las generaciones presentes y futuras.

La minería del uranio en la Argentina se desarrolló desde los años 50, con un marco normativo diferente al actual, debiendo ahora abocarse, en especial, a lo relativo a la prevención y a la reparación de daños a la salud y al ambiente, incluyendo los pasivos ambientales existentes en las antiguas minas.

Las autoridades mineras no deberían aceptar el abandono de las explotaciones o la reversión de concesiones mineras al patrimonio provincial con pasivos ambientales preexistentes, sin la realización obligatoria de auditorías y evaluación de riesgos, previo a la etapa de cierre de las actividades. Igual regla debería aplicarse en relación con el otorgamiento de nuevas concesiones o en la cesión y transferencia de concesiones entre empresas, sin exigir el deslinde de responsabilidades en materia de pasivos ambientales.

Ante los conflictos mineros en Argentina, donde resaltan de manera contrastante las posiciones de las comunidades locales afectadas, los intereses sectoriales y empresariales, sumados a la dificultad gubernamental para supervisar y fiscalizar la actividad minera, se torna dificultoso garantizar la remediación oportuna de los daños ambientales generados.

Todo esto no hace más que agudizar las tensiones entre los diferentes componentes del conflicto, dando lugar a una férrea oposición al desarrollo de las actividades mineras a través de movilizaciones y protestas, así como con el surgimiento de un fuerte activismo ambiental, como ocurre por ejemplo en las provincias de Chubut, Mendoza, Río Negro, La Rioja, Jujuy y Tucumán, que tienen siempre presentes, entre otros reclamos, los pasivos ambientales de gran magnitud que se han generado en el pasado y que no han sido aún objeto de remediación. En la actualidad adquirió carácter prioritario la situación ambiental y los proyectos de remediación que deben aplicarse en la ex mina de uranio del Complejo Minero Fabril Los Gigantes, ubicada en Tanti (Córdoba), y la relocalización de la empresa Dioxitek desde Córdoba a Formosa **(21)**.

V. Marco legal regional e internacional. Tratados y convenciones. Organización Internacional de Energía Atómica

Entre los grandes hitos referentes a la normativa positiva, acuerdos y recomendaciones de organismos internacionales que conforman el marco legal internacional y regional en materia nuclear, y en el que se encuentra inserto Argentina, se pueden mencionar, en orden cronológico:

1954: La Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la resolución sobre la prohibición total de fabricación y/o empleo de armas nucleares y de destrucción masiva.

1955: Argentina participa en la primera Conferencia Internacional sobre Usos Pacíficos de la Energía Nuclear, que se realiza en Ginebra (Suiza) con la presentación de varios trabajos de investigación desarrollados por la CNEA.

(21) MORALES LAMBERTI, A., "Remediación de pasivos ambientales de la minería de uranio: Deuda ecológica y social", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Portal de Revistas, Biblioteca Digital de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 2008, vol. 1.

1957: Argentina se incorpora al recién creado Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), con sede en Viena, Austria. El hecho inspiracional para la creación de este organismo fue el discurso del entonces presidente de Estados Unidos, Dwight Eisenhower, ante la Asamblea General de la ONU, denominado Átomos para la Paz (1953) **(22)**.

1962: Argentina y Estados Unidos firman un Acuerdo de Cooperación en Materia de Usos Civiles de la Energía Atómica, y acuerdos similares con EURATOM **(23)** (1962), Francia (1963) e Italia (1965).

1966: Argentina suscribe la Convención de Viena de 1963 sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares **(24)** y un Acuerdo de Cooperación con España, para la prestación recíproca de asistencia técnica.

1967: Argentina suscribe el Protocolo de Enmienda a la Convención de Viena de 1963.

Entre 1967 y 1980, Argentina firma Convenios de Cooperación para el Uso de la Energía Nuclear para Fines Pacíficos con Paraguay (1967), Colombia (1967), Bolivia (1970), India (1974), Canadá (1976), Ecuador (1977), Venezuela (1979) y Brasil (1980).

1981: Se celebra un Acuerdo entre la CNEA y el Ministerio de Interior de Alemania sobre Intercambio de Información Técnica y de Cooperación en la Seguridad de Instalaciones Nucleares.

1982: Se realiza en Buenos Aires la II Conferencia Internacional sobre Transferencia de Tecnología Nuclear, auspiciado por el OIEA. Ese mismo año se celebra un Acuerdo entre Argentina y Yugoslavia para la Cooperación en el Uso de la Energía Nuclear para Fines Pacíficos.

1985: Se firma el Acuerdo entre Argentina y China para la Cooperación en el Uso Pacífico de la Energía Nuclear.

1986: Argentina celebra acuerdos sobre igual materia con Guatemala y con Cuba, y firma la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares **(25)**.

1988: Argentina firma el Protocolo Común que une la Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de Viena con el Convenio de París sobre Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nuclear **(26)**.

(22) OIEA, *Boletín Informativo*, Viena, diciembre de 2013. 54-4, *https://www.iaea.org/sites/default/files/publications/magazines/bulletin/bull54-4/54401210304_es.pdf,* consultado el 06/09/2019.

(23) Por su sigla en inglés: *European Atomic Energy Community*. Es un organismo público europeo creado en Roma a partir del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, el 25/03/1957, que se firma juntamente con el Tratado del Mercado Común Europeo que da origen a la Comunidad Económica Europea (CEE). El EURATOM es el encargado de coordinar los programas de investigación en materia de energía nuclear. Es legalmente independiente de la Unión Europea (UE), pero está compuesto por los mismos miembros y está gobernado por instituciones de la UE.

(24) La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, dentro del marco del OIEA, fue aprobada el 21/05/1963 y suscripta por Argentina el 10/10/1966. En ella, los Estados parte reconocen la conveniencia de fijar normas mínimas que ofrezcan una protección financiera contra los daños derivados de determinadas aplicaciones pacíficas de la energía nuclear, ofrece un estándar mínimo de protección de la persona contra el daño nuclear y delinea un régimen de responsabilidad civil al respecto. Esta Convención es ratificada en Argentina por la ley 17.048, del 02/12/1966.

(25) La Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, suscripta en Viena el 03/03/1980, fue aprobada por el Congreso de la Nación el 28/09/1988 a través de la ley 23.620. Centra su atención principalmente en la protección de los materiales nucleares durante el transporte nuclear internacional, aunque varios de los artículos tratan de la protección de los materiales nucleares durante su utilización, almacenamiento y transporte nacionales. Hasta la actualidad, constituye el único compromiso internacional jurídicamente vinculante en el ámbito de la protección física de los materiales nucleares.

(26) El Protocolo Común relativo a la aplicación de la Convención de Viena y del Convenio de París fue aprobado por la Conferencia sobre las Relaciones entre el Convenio de París y la Convención de Viena, celebrada conjuntamente por el OIEA y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en la sede del primero, en Viena, el 21/09/1988, y entró en vigor el 27/04/1992. Este Protocolo Común busca perfeccionar el sistema de indemnización internacional por daños nucleares.

1989: Argentina adhiere a la Convención sobre Pronta Notificación de Accidentes Nucleares **(27)**.

1990: Argentina celebra Acuerdos de Cooperación con Indonesia, con la entonces URSS y con Rumania; y adhiere a la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica **(28)**.

1991: Argentina celebra Convenios de Asistencia con Marruecos.

1992: Argentina firma Convenios de Asistencia con Costa Rica.

1994: Argentina ratifica el Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina y el Caribe, conocido como Tratado de Tlatelolco **(29)**.

1995: Argentina adhiere al Tratado sobre la No Proliferación de Armas Nucleares **(30)**.

1996: Argentina firma el Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares **(31)**.

1997: Argentina firma la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión de Combustible Gastado y sobre la Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos **(32)**, y se sanciona la

---

(27) Es un acuerdo celebrado el 26/09/1986 en el marco del OIEA por el que los Estados firmantes se comprometen a dar notificación de cualquier accidente nuclear que tenga lugar dentro de su jurisdicción y que pudiera afectar a terceros Estados. Esta Convención, junto con la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, fueron aprobadas como respuesta al desastre de Chernóbil de abril de 1986. El Congreso de la Nación aprueba la adhesión de Argentina mediante la sanción de la ley 23.731, de septiembre de 1989.

(28) La Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica fue aprobada por la Conferencia General de la OIEA en su reunión extraordinaria, que se celebró del 24 al 26/09/1986. Surge ante el reconocimiento de los Estados parte de la necesidad de un marco de referencia internacional que facilite la pronta prestación de asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica, para mitigar sus consecuencias.

(29) El Tratado para la Proscripción de Armas Nucleares en América Latina es un tratado internacional que establece la desnuclearización del territorio de América Latina y el Caribe de los países signatarios. Fue propuesto por el presidente de México, Gustavo Díaz Ordaz, como respuesta al temor generado por la crisis de los misiles en Cuba. Fue puesto a disposición de los países para su firma en febrero de 1967 y entró en vigencia el 25/04/1969.

(30) El Tratado sobre la No Proliferación de Armas Nucleares, que se dispone para la firma a partir de 1968 y entra en vigor el 05/03/1970, es un acuerdo internacional que se da en el marco de las Naciones Unidas y que supone la inspección, control y restricción en la posesión de armas nucleares, formando parte, por lo tanto, de los esfuerzos de la comunidad internacional para impedir la proliferación de armas de destrucción masiva. En virtud de este Tratado, los Estados que producen armas nucleares se abstendrán de ceder el dominio de tales armas, y los Estados que no poseen dichas armas se abstendrán de fabricarlas. A la fecha fue firmado por la gran mayoría de los Estados soberanos, y solo a cinco Estados se les permitió la posesión de armas nucleares: Estados Unidos (firmante en 1968), el Reino Unido (1968), Francia (1992), la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (1968, sustituida luego por Rusia), y la República Popular de China (1992). El motivo de tal condición es que estos cinco "Estados nuclearmente armados" son los únicos que detonaron un ensayo nuclear hasta el año 1967. Cabe aclarar que son los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

(31) El Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, acuerdo internacional que se dio dentro del marco de las Naciones Unidas y que quedó abierto a la firma de los Estados a partir de septiembre de 1996, tiene por objeto limitar el desarrollo de las armas nucleares para la protección de los seres humanos y del ambiente de las consecuencias de los ensayos nucleares. Para poder efectivizar los propósitos de este acuerdo, la Organización del Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares (OTPCE) dispone de satélites y sensores desplegados en varios puntos del planeta para detectar explosiones de cierta importancia. Sus registros fueron, por ejemplo, recientemente utilizados en la búsqueda del submarino argentino ARA San Juan.

(32) La Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión de Combustibles Gastados y en la Gestión de Desechos Radiactivos es el resultado de una Conferencia Diplomática convocada por el OIEA, celebrada en Viena, Austria, del 01 al 05/09/1997 y a partir del 29 de septiembre del mismo año quedó abierta para la firma por parte de los Estados miembros del OIEA. Tiene por objetivos el lograr y mantener en todo el mundo un alto grado de seguridad en la gestión del combustible gastado y de los desechos radiactivos mediante la mejora de las medidas nacionales, de la cooperación internacional y la cooperación técnica relacionada con la seguridad; asegurar que en todas las etapas de la gestión del combustible gastado y de desechos radiactivos haya medidas eficaces contra los riesgos radiológicos potenciales a fin de proteger a las personas, a la sociedad y al ambiente de los efectos nocivos de la radiación ionizante, permitiendo a la generación presente satisfacer sus necesidades y aspi-

ley 24.776, que aprueba la Convención sobre Seguridad Nuclear adoptada en Viena en septiembre de 1994.

2000: Se firma un contrato entre el Instituto de Investigaciones Aplicadas (INVAP) de Argentina y la *Australian Nuclear Science and Technology Organisation* (ANSTO) de Australia para la construcción de un reactor de investigación y producción de radioisótopos, constituyéndose en la exportación "llave en mano" en materia nuclear más importante de toda la historia argentina **(33)**.

Existen numerosos acuerdos regionales con la participación de Argentina sobre cooperación técnica, y acuerdos de ciencia y tecnología. Es de destacar un caso único de cooperación a nivel regional y mundial, y lo constituye la Agencia Brasileño-Argentina de Contabilidad y Control de Materiales Nucleares (ABACC). Estos dos países han establecido un mecanismo de construcción de confianza y transparencia recíproca mediante la firma en 1991 del Acuerdo para el Uso Exclusivamente Pacífico de la Energía Nuclear, dando origen a la mencionada Agencia. Su mayor responsabilidad es aplicar un sistema de salvaguardias a las actividades nucleares de ambos países, representando una contribución concreta y fundamental al andamiaje de la no proliferación nuclear mundial.

La Argentina exhibe un importante desarrollo con fines pacíficos de tecnología nuclear avanzada, habiendo logrado el dominio completo del ciclo de combustible nuclear. Ello posiciona al país en un lugar de prestigio internacional.

El compromiso de la Argentina con los usos pacíficos de la energía nuclear y la no proliferación también se constata con la firma del Acuerdo de Salvaguardias Amplias firmado con la ABACC, Brasil y el OIEA (Acuerdo Cuatripartito), por el cual todas las actividades nucleares del país están sujetas a un sistema de salvaguardias e inspecciones internacionales **(34)**.

En ese sentido, la ley 24.804, sancionada el 02/04/1997, que es reguladora de la actividad nuclear en el país, establece que en la ejecución de la política nuclear se observarán estrictamente las obligaciones asumidas por el país en relación con los aspectos de no proliferación nuclear **(35)**. Dentro de ese contexto, y con el fin de mantener actualizados los inventarios del material nuclear, en las instalaciones de la CNEA se cumplimenta un sistema de registros e informes periódicos referidos a ese material.

raciones sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras; y prevenir los accidentes con consecuencias radiológicas y mitigar sus consecuencias en caso de que se produjesen durante cualquier etapa de la gestión de combustible gastado o de desechos radiactivos. En Argentina, el Congreso de la Nación sancionó el 06/07/2000 la ley 25.279, ratificando los términos de la Convención Conjunta, que entró en vigencia el 18/06/2001.

(33) El mencionado acuerdo comercial entre INVAP y ANSTO dio lugar en el año 2002 a la interposición de una acción de amparo por parte del ciudadano Juan Schröder ante la justicia federal de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires. La demanda fue entablada contra INVAP Sociedad del Estado y contra el Estado Nacional con el objeto de que se declarara la nulidad de una cláusula del convenio firmado entre la entidad mencionada y ANSTO.

(34) Sobre la base del Acuerdo Bilateral ABACC, el 13/12/1991 en Viena, Austria, se firmó un Acuerdo Cuatripartito de Salvaguardias entre la Argentina, el Brasil, la ABACC y el OIEA. El OIEA asume la responsabilidad de aplicar salvaguardias totales en Brasil y en Argentina. El Acuerdo entró en vigor el 04/03/1994, cuando el OIEA inició las actividades de verificación correspondientes. Los compromisos básicos de este Acuerdo son la aceptación de salvaguardias por los Estados parte, de conformidad con los términos del Acuerdo, sobre todos los materiales nucleares en todas las actividades nucleares realizadas en los territorios de los Estados parte, bajo su jurisdicción o efectuadas bajo su control en cualquier lugar, con el único propósito de verificar que dichos materiales no se desvían hacia armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos. Además, el Acuerdo establece que el OIEA aplicará sus salvaguardias de manera que le permitan verificar y comprobar que no se ha producido desviación alguna de materiales nucleares hacia armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos.

(35) Ley 24.804, art. 1º, párr. 3º: "En la ejecución de la política nuclear se observarán estrictamente las obligaciones asumidas por la República Argentina en virtud del Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco); el Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares; el Acuerdo entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la Agencia Brasileño-Argentina de Contabilidad y Control de Materiales Nucleares, y el Organismo Internacional de Energía Atómica para la Aplicación de Salvaguardias, así como también los compromisos asumidos en virtud de la pertenencia al Grupo de Países Proveedores Nucleares y el Régimen Nacional de Control de Exportaciones Sensitivas (dec. 603/1992)".

Los mencionados informes se envían a la ARN, a la ABACC y al OIEA.

En 2016, la CNEA continuó el cumplimiento rutinario de los acuerdos de salvaguardias concertados por el país, facilitó inspectores para desempeñar tareas en la ABACC y participó en la elaboración de proyectos conjuntos con Brasil a fin de que ambos países dispusieran de laboratorios analíticos acreditados con fines de salvaguardias.

Para concluir la idea del contexto internacional del cual surgen las normativas a las que se encuentra sujeta Argentina en materia nuclear en particular, y de residuos peligrosos en general, se debe hacer mención del Informe del secretario general a la Asamblea General de Naciones Unidas, del 30/11/2018. António Guterres se refiere a las lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados, expresando la necesidad de un pacto mundial por el medio ambiente **(36)**.

Del andamiaje legal internacional y regional explicitado en este capítulo surgen para Argentina numerosos compromisos y obligaciones a los que ha adherido, así como condiciones que debe cumplimentar y que hacen indispensable un proceder unificado en materia legislativa en todas las jurisdicciones del país, ya sea nacional, provincial o municipal. Entre los compromisos adoptados por el país podemos mencionar:

- El intercambio recíproco de información técnica en protección radiológica, seguridad en las instalaciones nucleares y tratamiento de los residuos radiactivos, así como información sobre la influencia de las mencionadas instalaciones nucleares sobre el ambiente.

- La adopción de los códigos de prácticas y guías de seguridad, elaborados y actualizados permanentemente por el OIEA, en pos de la seguridad nuclear general.

- Planificar las etapas del programa argentino en almacenamiento de combustible gastado, evacuación de desechos y clausura de centrales, incluyendo los costos de esas actividades en el precio de la electricidad o servicio que generan.

(36) El secretario general de la Organización de Naciones Unidas se expresaba así, en relación con las "actividades peligrosas": "Con respecto a las actividades peligrosas, la reglamentación internacional se ha centrado en las actividades nucleares. Los tratados aprobados bajo los auspicios del OIEA se ocupan de la protección física de los materiales nucleares, la pronta notificación de los accidentes nucleares, la asistencia en caso de accidentes y emergencias y la seguridad nuclear. En 2015, cuatro años después de que el accidente de la central nuclear de Fukushima Daiichi pusiera de manifiesto las limitaciones de la Convención sobre Seguridad Nuclear de 1994, se aprobó la Declaración de Viena sobre la Seguridad Nuclear (no vinculante) con miras a resolver las cuestiones relacionadas con el diseño, la ubicación y la evaluación de la seguridad de las centrales nucleares". "La responsabilidad del Estado entraña la obligación, en primera instancia, de adoptar medidas para atajar los daños ambientales transfronterizos, y en segunda instancia, de ofrecer reparación, entre otras cosas, compensando por los daños que puedan haberse producido. Tal vez haya que perfeccionar las normas sobre la responsabilidad de los Estados para que sean un instrumento importante de reparación de daños ambientales transfronterizos. El régimen de responsabilidad civil por daños nucleares comprende tres tratados relacionados entre sí y sus respectivas enmiendas e instrumentos complementarios, a saber: el Convenio acerca de la Responsabilidad Civil en materia de Energía Nuclear (Convenio de París) y su Protocolo de 2004 por el que se enmienda el Convenio de París; la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (Convención de Viena); y el Convenio relativo a la Responsabilidad Civil en la Esfera del Transporte Marítimo de Materiales Nucleares (Convenio de Bruselas). Los primeros tratados sobre la energía nuclear y la contaminación por hidrocarburos se concibieron con la finalidad original de asegurar la indemnización por daños a las personas y los bienes, y después se les añadió la responsabilidad por daños ambientales transfronterizos mediante enmiendas concretas. Véanse, por ejemplo, el Protocolo de Enmienda de la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, art. 2º; la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares, art. 1º; el Protocolo de 2004 por el que se enmienda el Convenio de París, secc. B. Estos regímenes adolecen de algunas deficiencias notables. En primer lugar, la valoración de los daños ambientales y su reparación ha resultado problemática. Si bien se coincide en que para imputar responsabilidad por daños ambientales estos deben superar un umbral mínimo, no se ha consensuado ningún parámetro universal para ese umbral. Los términos empleados varían según el instrumento: desde daños 'importantes', 'sustanciales' o 'graves' a perjuicios 'que rebasan los niveles tolerables'. En su mayoría, los regímenes de responsabilidad civil circunscriben la indemnización a 'los costos de las medidas que se han adoptado o se adoptarán para restituir el medio ambiente dañado'. No obstante, algunos tribunales han concedido indemnizaciones puramente por daños ambientales. Asimismo, cabe señalar que varios de los instrumentos de responsabilidad civil no han entrado en vigor".

- La adopción de las medidas adecuadas de protección de los materiales nucleares durante su transporte internacional y durante su utilización, almacenamiento y transporte nacionales, permitiendo el tránsito por el territorio argentino únicamente a los países que hagan el transporte con los niveles de seguridad convenidos.

- Se obliga a prestar cooperación recíproca para la recuperación y protección de materiales nucleares robados, debiendo, en la propia legislación argentina y sus diferentes niveles, tipificar a determinados actos como delitos punibles con penas graves.

- Debe garantizar la indemnización por daños nucleares para cada incidente nuclear ocurrido en el territorio argentino o a bordo de buques o aeronaves de pabellón argentino.

- Se obliga a cumplir con la pronta notificación de cualquier accidente nuclear, así como a la asistencia en caso de accidente nuclear o de emergencia radiológica, que suceda en cualquier instalación nuclear dentro del territorio argentino, incluso en las de gestión de residuos radiactivos, con miras a reducir al máximo las consecuencias radiológicas.

- Se obliga a notificar el momento y el lugar exacto del incidente nuclear, la instalación involucrada, la causa del incidente y la evolución previsible, las medidas ambientales adoptadas, la situación meteorológica y el comportamiento de la liberación radiactiva.

- Se compromete a no realizar ni a alentar ninguna explosión de ensayo de armas nucleares o cualquier otra explosión nuclear, y a prohibir y prevenir cualquier explosión nuclear en los lugares sometidos a la jurisdicción o control de Argentina. Asimismo, nuestro país se compromete a no causar ni alentar la realización de cualquier explosión de ensayo de armas nucleares o de cualquier otra explosión nuclear, ni a participar en ella.

- Se compromete a cumplir con los Manuales de Operación del Sistema Internacional de Vigilancia para: a) vigilancia sismológica; b) vigilancia de radionúclidos; c) vigilancia hidroacústica; d) vigilancia infrasónica; y e) el Centro Internacional de Datos, que se preparó con motivo y a los efectos del Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares.

- Debe confeccionar cada tres años un informe que presentará ante la OIEA y que contendrá un detallado y completo inventario de las instalaciones, del combustible gastado, de los residuos de minería, de los residuos radiactivos en cada instalación, del sistema de gestión de calidad, de las actividades de capacitación, de los recursos financieros, de las clausuras de instalaciones, de los acuerdos internacionales o regionales celebrados y de los movimientos transfronterizos internacionales y de los nacionales.

- Debe observar, en materia de movimientos transfronterizos, la reglamentación nacional e internacional que regula el transporte de materiales peligrosos por vía terrestre, aérea y acuática **(37)**, así como otros acuerdos y convenios firmados por Argentina y aprobados por diferentes leyes. A saber: el Convenio de Chicago sobre Transporte de Mercancías Peligrosas por Vía Aérea, el Convenio SOLAS MARPOL, el Código Marítimo Internacional y el Acuerdo Cuadripartito (Argentina, Brasil, ABACC y OIEA).

- Se obliga a observar la prohibición de contaminación del mar por vertimiento de desechos radiactivos de baja actividad y otras materias.

- Se obliga a tipificar en la legislación nacional y a reprimir los actos propios de terrorismo nuclear.

VI. Análisis jurídico internacional del vertimiento de residuos radiactivos en el mar

El hombre ha destinado incluso el mar como lugar de depósito de los desechos que origina con motivo de su actividad antrópica. Esta práctica se ha incrementado durante las últimas décadas de manera progresiva, produciendo graves efectos de contaminación marina ampliamente conocidos. Los vertimientos no solo se limitan a los residuos domésticos, sino que incluyen los provenientes de actividades pro-

(37) Para esta actividad a nivel nacional rige la Revisión 3 de la Norma AR 10.16.1. sobre Transporte de Materiales Radiactivos, que coincide en su totalidad con el Reglamento para el Transporte Seguro de Materiales Radiactivos, emanado del OIEA.

ductivas, especialmente químicos, vertidos de buques y aeronaves, derrames de hidrocarburos y hasta desechos nucleares, ocasionando daños irreversibles al ambiente.

La contaminación marítima con elementos radiactivos tiene su origen principalmente en la experimentación de armas nucleares, en el empleo de energía nuclear con fines industriales, médicos y de investigación científica, en los accidentes nucleares y en la disposición final de residuos radiactivos en el lecho marino. El incremento en el uso de la energía nuclear aumentó consecuentemente las necesidades de almacenamiento de sus desechos y, con esto, el debate acerca de los métodos existentes y los riesgos inherentes a cada uno de ellos.

Un caso claro de este tipo de contaminación lo constituyen algunos Estados europeos que producen y utilizan energía nuclear y que son generadores de desechos radiactivos. Entre 1950 y 1982, el Reino Unido, Francia, Bélgica, Alemania e Italia emplearon la denominada "Fosa Atlántica" **(38)** para el depósito de residuos radiactivos de baja y media intensidad procedentes de sus centrales nucleares, arrojando bidones y tambores metálicos solidificados con hormigón que contenían estos desechos a más de 4.000 metros de profundidad.

A estos residuos arrojados de manera intencional y programada se debe sumar el hecho, también en el Atlántico, de los cinco submarinos nucleares cuya recuperación ha resultado imposible (a excepción del submarino ruso Kursk, que sí pudo ser reflotado en el Mar de Barents, 14 meses después de su hundimiento en agosto de 2000).

Con igual destino se han utilizado aguas internacionales y sus fondos marinos, que constituyen patrimonio de la humanidad. Ante esta situación, se planteó reiteradamente y en diferentes foros internacionales la necesidad imperiosa e impostergable de la adopción del principio de que la gestión de los desechos es una responsabilidad exclusiva del Estado que los generó. No obstante, no existen instrumentos jurídicos específicos sobre vertimientos o depósitos de desechos nucleares en el mar y fondos marinos, especialmente sobre aquellos espacios ubicados fuera de la jurisdicción nacional de cada Estado. Sí existen convenciones de variada naturaleza que contienen de manera dispersa algunas normas al respecto.

En Londres (1972), se celebró el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias, cuyos antecedentes inmediatos fueron las diferentes Conferencias de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1956, 1960 y 1970), que culminaron en la Convención de Ginebra sobre Derecho del Mar (1982), y la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo (1972).

Hasta la actualidad, el Convenio de Londres (1972) es el más amplio instrumento internacional aplicable a la prevención de contaminación marítima referente a todos los desechos, abarcando a los residuos radiactivos. Así, por ejemplo, en el anexo I del Convenio se prohíbe el vertimiento de los desechos u otras materias de alto nivel radiactivo que, por razones de salud pública, biológicas o de otro tipo, hayan sido definidos como inapropiados para ser vertidos en el mar por el órgano internacional competente en esta esfera, actualmente el OIEA. La prohibición tiene carácter absoluto, aunque se admite el caso de excepción por fuerza mayor minuciosamente reglamentada, debiendo ser sometido el caso previamente a un severo procedimiento de consultas a los demás Estados contratantes y a organizaciones internacionales. Tal es el caso de la Central Atómica Fukushima Daiichi, Japón, donde, en marzo del 2011, un gran terremoto seguido de un tsunami causó un importante accidente nuclear, cuando 3 de sus 6

(38) La "Fosa Atlántica" son grandes depresiones del lecho marino ubicadas sobre 12 millas marinas al norte y al sur de un punto situado a 46 de latitud norte, y entre 16 y 17-30 de longitud oeste, que cuenta con una superficie de aproximadamente 4.500 kilómetros cuadrados. Está situada a unos 700 kilómetros de las costas de Irlanda y Galicia (España), y a unos 500 kilómetros de la plataforma continental. La profundidad media de la zona es de 4.500 metros aproximadamente (WONHAM, J., director adjunto de la División Medio Marino de la Organización Marítima Internacional, "Materias relativas a la eliminación de desechos radiactivos en el mar de acuerdo con el Convenio de Vertimiento de Londres y exigencias relativas al transporte de sustancias radiactivas por buques", *Suplemento de Informe del Seminario-Taller sobre la Contaminación Radiactiva en el Pacífico Sudeste, Comisión Permanente del Pacífico Sur, Bogotá, 1987, t. 1, p. 8).*

reactores de potencia se vieron seriamente dañados. En la actualidad, la empresa que opera los reactores que aún funcionan (TEPCO) se encuentra en la necesidad de volcar al Océano Pacífico las aguas utilizadas para enfriar los reactores dañados y que se encuentran irradiadas, por la imposibilidad de continuar almacenándolas. Tanto la empresa como el gobierno japonés informan mensualmente al OIEA desde el año 2013 el nivel de actividad de las aguas y evalúan la necesidad de descargarlas al mar.

El Convenio de Londres define al vertimiento como: 1) toda evacuación deliberada en el mar que realicen buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones flotantes, y 2) todo hundimiento deliberado en el mar de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones flotantes. Quedan excluidos del concepto la evacuación en el mar de desechos u otras materias que sean incidentales a las operaciones normales de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones.

De gran importancia es la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972), que definió 26 principios básicos. En relación con el medio marino, el Principio 6 establece que se debe poner fin a las descargas de sustancias tóxicas y otros materiales, así como a la liberación de calor en cantidades o concentraciones que el medio no pueda neutralizar, de modo que no causen daños graves o irreparables en los ecosistemas.

El Principio 7 dispone que los Estados deben tomar todas las medidas posibles para evitar la contaminación de los mares por sustancias que puedan poner en peligro la salud del hombre, dañar los recursos vivos y la vida marina, menoscabar las posibilidades de esparcimiento o entorpecer otras utilizaciones legítimas del mar.

El Principio 21, en sintonía con la Carta de Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, dispone que los Estados tienen el derecho soberano para explotar sus recursos naturales aplicando sus propias políticas ambientales, asegurándose que con estas actividades no perjudican al ambiente de otros Estados o a zonas situadas fuera de toda jurisdicción.

VII. La reglamentación internacional de transporte de materiales y residuos radiactivos

En la utilización y manipulación de materiales radiactivos se pueden presentar numerosos riesgos y peligros, tales como la contaminación por pérdida o disolución de dichos materiales, la irradiación a los organismos vivos, la producción de calor debido a la liberación de energía o la criticidad por la producción de una reacción en cadena.

Por lo tanto, se tienen en cuenta aspectos y condiciones tales como: el embalaje, el seguimiento, el etiquetado y marcación de los bultos, las condiciones del transporte, la carga y los controles, y el cumplimiento de las prescripciones administrativas necesarias.

El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, que había creado previamente un Comité de Expertos en Materia de Transporte de Mercancías Peligrosas, en 1959 confía al OIEA la misión de elaborar recomendaciones para el transporte seguro de materiales radiactivos que permitan someter a un grado razonable de control los riesgos que son inherentes a la radiación y la criticidad, así como los riesgos térmicos que pueden correr las personas, los bienes y el ambiente en relación con el transporte de materiales radiactivos.

Este Reglamento para el Transporte Seguro de Materias Radiactivas ha sido aceptado, expresa o implícitamente, por la mayoría de los Estados miembros del OIEA que se ven implicados en el transporte de materiales radiactivos, incorporándolos a sus regulaciones internas. Asimismo, fue adoptado por la totalidad de los tratados internacionales, recomendaciones o códigos de buena conducta.

El Reglamento para el Transporte Seguro del OIEA prevé diferentes medidas, algunas de tipo técnico (como el embalaje, que variará según el tipo de residuo; el etiquetado de bultos y transportes; y las indicaciones específicas del transporte, como son el límite a la cantidad de bultos o el límite de su irradiación, o su ubicación o si necesitan ser verificados durante el viaje), y otras de tipo administrativo (los certificados de conformidad de envío por cumplir con las me-

didas técnicas, dotar al transportista de los documentos correspondientes que contengan el detalle del envío y de la información técnica que pudiera ser necesaria, notificar del envío a las autoridades de los países interesados, ya sea el de destino como el o los de tránsito).

Como se mencionó anteriormente, el Reglamento de Transporte Seguro ha sido incorporado a las legislaciones nacionales de los países mediante una norma específica sobre el transporte de material radiactivo (Estados Unidos, Países Bajos, Nueva Zelanda y Dinamarca) o bien mediante la elaboración de varias normas sectoriales sobre el transporte de materiales peligrosos (Alemania, Francia y España).

En Argentina, el transporte de todo material radiactivo se rige por las normas regulatorias que debe dictar la ARN, conforme lo establece la ley 24.804 (de la Actividad Nuclear) en su art. 16, inc. a), siguiendo los preceptos del Reglamento de Transporte Seguro del OIEA y la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares.

Razones técnicas y prácticas hacen necesaria la armonización entre los instrumentos internacionales sobre el transporte de materias peligrosas y los que se aplican a las materias radiactivas, complementando las prescripciones del Reglamento del OIEA. Así, por ejemplo, con el Reglamento Internacional sobre el Transporte de Mercaderías Peligrosas por Vía Férrea, o el de Transporte Marítimo adoptado por las Naciones Unidas, por ser este el medio de mayor uso. Incluso es fundamental el art. 37 de la Convención de Chicago sobre la Aviación Civil Internacional, donde los Estados contratantes se comprometen a colaborar en todas las cuestiones en que la uniformidad adoptada facilite y mejore la navegación aérea.

En 1977, la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre la base de un informe elaborado por el OIEA, insta a los Estados a elaborar un marco normativo destinado a la protección física de los materiales radiactivos. Así es como, simultáneamente, en Viena y en Nueva York (1980) se abre a la firma la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, entrando en vigor en 1987. Este acuerdo internacional tiene por objetivo proteger a los materiales radiactivos, en función de su interés estratégico y siempre que sean utilizados con fines pacíficos, contra eventuales agresiones dirigidas a su deterioro o apropiación para causar un perjuicio al Estado o a un particular a quien pertenecen, o para desviarlos a otros destinos geográficos o funcionales.

La Convención especifica que se aplicará cuando estos materiales sean objeto de "transporte nuclear internacional", al que define como la conducción de una consignación de materiales nucleares en cualquier medio de transporte que vaya a salir del territorio del Estado en el que la expedición tenga origen, desde el momento de la salida de la instalación del remitente en dicho Estado hasta el momento de la llegada a la instalación del destinatario en el Estado de destino final.

La Convención reconoce que la protección física de los materiales radiactivos es responsabilidad de los Estados soberanos. Sus gobiernos solo tienen la responsabilidad de adoptar medidas y tipificar ciertas conductas como delitos, en función de sus requisitos nacionales.

La protección física de los materiales nucleares, en otras circunstancias que no sean el caso específico del transporte internacional (durante el cual rige la mencionada Convención), sigue siendo objeto de las recomendaciones del OIEA, adoptadas por los Estados parte en sus respectivos ordenamientos legales.

VIII. Conclusión

Por lo tanto, y a modo de conclusión de esta primera parte, podemos sostener que, atento al prolífero desarrollo de actividades nucleares durante 70 años, siempre con fines pacíficos y en pos del beneficio de la población, la gestión de residuos radiactivos resulta necesaria, independientemente del rumbo que adopten las políticas que justifiquen y promueven la industria y la actividad nuclear, así como las que buscan limitarlas. No se trata de una tarea opcional para nuestro país, en el sentido de que se pueda posponer, relegar o dejar librada al sector privado. Incluso, en el hipotético caso de la clausura de todas las instalaciones nucleares existentes a la fecha y la suspensión de las actividades, aun así deben gestionarse los residuos producidos has-

ta el momento y los derivados del desmantelamiento de dichas instalaciones.

En la segunda parte de este trabajo se desarrollará el marco legal local que rige en Argentina en sus tres jurisdicciones (nacional, provincial y municipal), en lo referente a la actividad nuclear en general y en lo que hace a la gestión de los residuos radiactivos en particular, concluyendo en la imperiosa necesidad de construir un repositorio geológico profundo donde dar una disposición final adecuada a estos últimos.

ACTUALIDAD AMBIENTAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

DEBIDO PROCESO AMBIENTAL

Construcción de una cancha de deporte en una reserva natural protegida. Finalidad de la protección del predio. Reserva expresa de utilización para fines de educación ambiental. Cambio del paisaje y del destino de conservación incompatible. Omisión de realización del estudio de impacto ambiental. Omisión de la convocatoria a audiencia pública. Orden de cese inmediato de actividades. Obligación de volver las cosas al estado anterior.

Con nota de Carlos Aníbal Rodríguez

1. — Corresponde ordenar el cese inmediato de toda actividad sobre la cancha de hockey construida en una reserva natural protegida y disponer que la municipalidad de Córdoba retrotraiga el estado de cosas al momento anterior a la instalación de esa intervención.

2. — No es posible "cerrar" el ingreso a la reserva natural para cualquier vecino y habitante de esta ciudad de Córdoba para llevar adelante actividades deportivas relacionadas exclusivamente al hockey, a niveles internacionales, nacionales y locales, cuando el objeto de la reserva son las recreaciones orientadas a la educación ambiental y a la conservación de la biodiversidad de la única reserva natural urbana de la ciudad de Córdoba.

3. — Para el desarrollo de una política pública en relación con el deporte, la municipalidad de Córdoba no puede valerse de una reserva natural urbana por la simple y sencilla razón que su ordenanza 11.702 de creación se lo prohíbe, y esta prohibición expresa una decisión de la soberanía popular concretada a través del legislador municipal, que asegurar la existencia de la reserva a perpetuidad.

4. — El cambio del paisaje y del destino de conservación de una reserva natural urbana por la construcción de una cancha de hockey de césped sintético sobre agua, con ánimo de convertirla en un "Estadio de Hockey" para espectáculos deportivos internacionales, nacionales y locales, importa en los hechos una desafectación del uso público ambiental de la reserva, mediante actuaciones administrativas claramente contrarias al principio de progresividad y no regresividad ambiental consagrado no solo en la ordenanza 11.702 (art. 4°, inc. a), sino en toda la normativa nacional y provincial que es complementaria.

5. — Sacrificar las condiciones ambientales de una reserva natural urbana, para desarrollar un objetivo perteneciente a una política pública diseñada exclusivamente por el área de deportes de la municipalidad de Córdoba, extra muros del marco jurídico que rige el último pulmón verde que queda en el ámbito del ejido municipal y los valores que ese régimen tutela, es una clara manifestación de una acción administrativa contraria a la obligación de preservación, conservación y no degradación para que dicho ambiente natural sea perdurable en el tiempo y a perpetuidad, para el pleno goce de las generaciones futuras.

6. — Dada la construcción de una cancha de hockey en una reserva natural protegida, está demostrada la violación del principio del debido proceso ambiental tanto por la omisión de realizar un estudio de impacto ambiental previo y fundado, no condicionado, cuanto por la omisión de la audiencia pública, más cuando se estaba imponiendo un cambio de uso de suelo de la reserva, con un significativo apartamiento de los fines ambientales de conservación, protección y no degradación a perpetuidad.

7. — El test de complementariedad aplicado a la actividad municipal cuestionada por la amparista —construcción de una cancha de hockey en una reserva natural protegida— da como resultado objetivo y tangible una clara contradicción entre los presupuestos mínimos ambientales y la autorización emitida sin contar con un estudio de impacto ambiental debidamente fundamentado, que no podía ser condicionado, y sin haber realizado las audiencias públicas que exigía tal cambio de uso del suelo de la reserva.

8. — Atento a que las res. 1348/2017 y 1385/2019 dictadas por la Comisión del Ambiente de la municipalidad de Córdoba, al haber incumplido la normativa específica, ordenanzas 11.702 y 9847, y los presupuestos mínimos consagrados en la LGA 25.675, y complementados en la ley 10.208, corresponde ordenar el cese inmediato de toda actividad sobre la cancha de hockey y disponer que la municipalidad de Córdoba retrotraiga el estado de cosas al momento anterior a la instalación de esa intervención, removiendo las alfombras sintéticas de césped y realizando todas las acciones necesarias para la restauración del suelo, a las condiciones naturales existentes al momento anterior (del voto del Dr. Massimino).

9. — No se advierte ni lo ha puesto específicamente de manifiesto la accionante, como el mejoramiento de las obras de infraestructura existente, aun cuando signifique su ampliación, puede redundar por sí en un daño ambiental o en una desnaturalización del uso de la reserva, cuando se encuentran emplazadas en una zona especialmente destinada al uso público, a la recreación, a la vida al aire libre como forma de concientización de la protección ambiental, en todo lo cual la promoción deportiva interviene activamente (del voto en disidencia de la Dra. De Guernica).

10. — Corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda, confirmando lo dispuesto oportunamente en la medida cautelar dictada. En el caso de eventos deportivos de alta concurrencia, los mismos constituyan la única actividad diaria a desarrollarse en el predio, debiendo permanecer cerrado para cualquier otro tipo de actividad. Hasta tanto se realice el estudio al que se hace referencia en el punto precedente, deberá estarse a la "capacidad de carga" estimada por la Subsecretaría de Ambiente (2500 personas y 300 vehículos), debiendo adecuarla una vez obtenido el resultado de aquel. Los eventos deportivos deberán acatar las prohibiciones del art. 14 de la ordenanza 11.702, siendo responsabilidad de los organizadores proveer a su cumplimiento (del voto en disidencia de la Dra. De Guernica).

CContenciosoadministrativa 2a Nom., Córdoba, 23/09/2020. - Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín c. Confederación Argentina de Hockey y otros s/amparo ambiental.

[Cita on line: AR/JUR/53220/2020]

COSTAS

Por el orden causado atento la complejidad de la normativa de fondo y la singularidad propia de la causa.

Expediente 6930120

2ª Instancia.- Córdoba, septiembre 23 de 2020.

1ª ¿Es procedente la demanda de amparo? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — La doctora *De Guernica* dijo:

I. A fs. 2/4 la Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín, promueve por ante el Juzgado Federal N° 3 de esta ciudad, demanda de amparo (Ley 4915) en contra de la Confederación Argentina de Hockey, Federación Cordobesa de Hockey y de la Municipalidad de Córdoba, a fin de obtener la interrupción de la construcción de una cancha de hockey sobre césped sintético con agua a realizarse en el Camping Municipal San Martín, zona de uso intensivo de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín; como así también de la realización de espectáculos públicos constituidos por partidos de Hockey que disputaran las selecciones argentinas de hockey femenina y masculina en el mes de febrero de 2018.

Manifiesta que la Asociación agrupa a los vecinos que bregaron por la creación de la Reserva, último relicto de Bosque Nativo en la ciudad de Córdoba, que protege una generosa biodiversidad del cruce entre el bosque chaqueño y el espinal; con arbustales y enredaderas propias de ese ecosistema; variedades de algarrobos, talas, garabatos, chañares, quebrachos blancos, sem. de campo, espinillos, etc.; 182 especies de aves, 40 especies de mariposas, variada fauna (zorros, reptiles, coipos, comadrejas, serpientes, cuises, etc.).

Agrega que la Reserva fue creada por Ordenanza 11.702 del año 2009, regulando 3 zonas: de conservación, de amortiguación y de uso intensivo (art. 5), comprendiendo esta última el Camping Municipal, y permite la realización de actividades educativas y recreativas acordes con la actividad al aire libre y la vida en la naturaleza y la protección del ambiente nativo de las zonas de conservación y amortiguación.

Indica que como resabio de la antigua actividad, aun se practica actividad dephecho nuevo, un espectáculo públicoortiva, incluso hay una cancha de hockey próxima al lugar donde se está iniciando la construcción de la otra, sin normativa que la respalde e impuesta por la fuerza por la Dirección de Deportes de la Municipalidad, pese a que la autoridad de aplicación de la Reserva es la Subsecretaría de Ambiente y la responsable es la Unidad de Manejo de la Reserva (arts. 8 y 13 de la Ordenanza aludida).

Refiere que el art. 14 inc. d) prohíbe en la totalidad de la Reserva las obras de infraestructura o de otra naturaleza que no respondan a las necesidades de la misma, y el inc. ll) del mismo artículo prohíbe la realización de conciertos, espectáculos públicos y actividades similares que reúnan gran cantidad de personas y vehículos.

Señala que conforme publicaciones en La Voz del Interior de fecha 20/12/2017, la Municipalidad de Córdoba habría realizado un convenio don la Federación Cordobesa de Hockey para la construcción de la cancha que sería realizada por la Confederación Argentina de Hockey,

Resalta que una construcción como la aludida no está permitida (art. 14 inc. d), que la actividad que se practicará tampoco (art. 5 inc. c), ni los espectáculos que pretenden dar Los Leones y Las Leonas, ya que son aptos para movilizar gran cantidad de personas transportadas en vehículos, con polución sonora y expedición de hidrocarburos al aire que conlleva, la utilización de propaladores de ampliación de sonido, iluminación artificial, todo lo cual es incompatible con la protección a la biodiversidad de una Reserva Natural.

Solicita una medida cautelar de no innovar. Ofrece Prueba.

Formula reserva de caso federal.

II. A fs. 37 el Sr. Juez Federal N° 3 se declara incompetente, remitiendo las actuaciones a la justicia provincial, abocándose la Cámara de Feria a fs. 44, solicitando informes al Municipio, los que fueron evacuados a fs. 51/100; resolviendo dicho Tribunal no hacer lugar a la medida cautelar solicitada (fs. 102 y vta.), lo que fue confirmado por el TSJ, mediante Auto Número 1 de fecha 26 de enero de 2018 (fs. 118/121).

III. A fs. 123/124 vta. la amparista amplía el objeto de la acción, solicitando se ordene la remoción de toda modificación del lugar derivada de las obras en cuestión, restableciendo las cosas a su estado anterior a cargo del Municipio. Asimismo, desiste parcialmente de la acción en contra de la Confederación Argentina de Hockey sobre Césped.

Amplían el ofrecimiento de prueba y mantienen la reserva de caso federal.

IV. Emplazadas las accionadas a los fines de que produzcan informe previsto en el art. 8 de la Ley 4915 (fs. 130), a fs. 132/140 lo evacua la Municipalidad de Córdoba, solicitando el rechazo de la acción impetrada, con costas.

Plantea la falta de legitimación activa de la actora, en razón de que consideran que su Estatuto no les confiere legitimación para estar en juicio representando a ningún particular, careciendo de facultades para entablar acciones judiciales ni por sus asociados, ni por la comunidad en general. Cita doctrina.

Indica que la amparista no ha acreditado cual es el derecho conculcado, no pudiendo considerarse a tal fin las genéricas invocaciones de daño al ambiente que realiza. Cita doctrina.

Niega en general y en especial todos y cada uno de los hechos y el derecho expuestos en demanda; afirmando que se están realizando en el predio tareas de reparación de canchas existentes, con dinero donado de la Federación codemandada y la totalidad de las obras previstas se llevarán a cabo dentro de la Zona de Uso Intensivo, que es la misma en la que ya se desarrolla semanalmente la práctica de este deporte, todo ajustado a lo dispuesto en Ordenanza 11.702.

Agrega que a tal fin, la Federación Amateur Cordobesa de Hockey sobre Césped ha donado al Municipio una carpeta sintética de agua, destinada a ser instalada conforme la técnica que exhibe la documentación que obra en autos, detallando en qué consisten las obras.

Aclara que, conforme la Resolución DIA N° 0001848/2017, de la Dirección de Impacto Ambiental, se ha cumplido toda la normativa vinculada a la Reserva. Reitera que las obras responden a una mejora de infraestructura ya existente y no afecta en términos cuantitativos el tamaño ni la capacidad que posee el predio, por lo que no existe agravio alguno para ningún habitante de Córdoba.

Expone los requisitos de procedencia de la vía elegida y niega específicamente que la reparación de la cancha de hockey o la mejora de la cancha de futbol que existen desde hace más de veinte años, provoquen un agravio reparable por esta vía.

Postula que es falso que haya obra nueva, y que tal como resulta del aviso de proyecto que se acompaña en autos, las refacciones encaradas por la Subsecretaria de Deportes y Recreación de la Municipalidad, son sin cambio de uso del suelo, sin obras civiles en altura y sin incrementar el nivel de ruido existente, tal como surge de la resolución mencionada.

Considera que no se verifica peligro ni inminencia de lesión, y que existe una vía idónea para el reclamo, omitida por la actora, cual es la vía administrativa. Entiende también, por las razones que invoca, que la actitud de la actora compromete el desenvolvimiento de una actividad del Estado; que la cuestión requiere de mayor debate y prueba, amén de que la demanda fue interpuesta fuera del plazo previsto legalmente, todo lo cual amerita el rechazo de la acción.

Ofrece Prueba.

Formula reserva de caso federal.

V. A fs. 142 comparece la Federación Amateur Cordobesa de Hockey sobre Césped, solicitando el rechazo de la acción incoada en su contra con costas.

Plantea falta de legitimación pasiva, toda vez que en momento alguno se explicitan los motivos por los cuales deben estar en el proceso por el solo hecho de ser quienes aportan la carpeta y el sistema de riego.

Subsidiariamente, adhiere al informe presentado por el Municipio.

VI. Mediante Auto N° 455, de fecha 18 de octubre de 2018, se ordenó la registración de la presente causa, en el "Registro Informático para la registración digital y única de los Procesos Colectivos", como Amparo Ambiental, sub categoría Ambiente (fs. 364/366 vta.).

VII. A fs. 384/385 vta. comparece la amparista y denuncia como hecho nuevo, un espectáculo público con gran convocatoria, ocurrido el día 20 de octubre de 2018 a las 20 hs., que incluyó cantidad de vehículos, potente iluminación, uso de autoparlantes, hinchadas con bombos y batucadas, lanzamiento de bengalas; tratándose de la final de hockey organizada por la Federación codemandada y con la autorización del Municipio. Adjuntan fotografías del evento (fs. 374/383).

Solicitan una medida de no innovar a los fines de que se abstengan de organizar actividades que excedan los meros partidos de hockey, se impida el acceso vehicular a más de 50 vehículos y la utilización de música, parlantes, fuegos artificiales, bombos, cornetas, luminarias; se abstengan de extraer especies arbóreas y se suspenda todo avance de obra sobre la cancha auxiliar.

A fs. 396 denuncian otro evento de similares características del anterior, ocurrido el 27/10/2018 y la modificación de las tribunas y obras de vestuarios que se encontrarían en ejecución, a cuyo fin, acompaña fotografías (fs. 388/395).

Convocadas las partes a una audiencia a los fines del art. 58 del Cód. Proc. Civ. y Comercial (fs. 386), con citación a los integrantes de la Unidad de Manejo de la Reserva (fs. 399), a fs. 408 y vta. obra el Acta respectiva de la que surge que las partes no arribaron a acuerdo alguno, acompañando la actora memorial incorporado a fs. 405/407 vta., del que le fue corrida vista a las demandadas, evacuándola a fs. 433/435 vta. y 436/437.

Mediante Auto N° 617 de fecha 27 de diciembre de 2018 (fs. 442/448 vta.) este Tribunal hizo lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada en los siguientes términos: "Hacer lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada y en consecuencia: 1) R equerir a la Administración demandada, por intermedio de la autoridad de aplicación de la Ordenanza 11.702, informe respecto de la cantidad estimativa de asistentes y vehículos que puedan acceder a las zona de uso intensivo, para desarrollar las actividades educativas y recreativas previstas en la misma (art. 5 inc. c) ib.); 2) Hacer saber a las demandadas que de organizar eventos relacionados con la actividad deportiva de que se trata (partidos de hockey de amplia concurrencia), la misma deberá constituir la única actividad a desarrollarse en el predio durante el día en cuestión, por lo cual el camping municipal deberá permanecer cerrado para cualquier otro tipo de actividad, con las especificaciones establecidas en el considerando V) del presente. 3) Para toda medida y/o trabajo que pretenda realizarse en la reserva y que pueda impactar negativamente en la misma, deberá requerirse previamente la intervención de los miembros de la Unidad de Manejo, a fin de que puedan controlar las decisiones adoptadas, teniendo presente la finalidad de resguardar el ambiente como bien jurídico público de titularidad colectiva".

VIII. A fs. 479/483 la parte actora interpone recurso de apelación en contra el Auto arriba mencionado en lo que respecta a los puntos 1) y 2), consintiendo lo dispuesto en el punto 3). Solicita habilitación de feria atento a que con fecha 29/01/2019 y 02/02/2019 jugarían las selecciones argentinas de hockey femenino y masculino, con la convocatoria de gran cantidad de personas que se movilizan en vehículos automotores y con propalación de música, bailes y consumo de bebidas alcohólicas.

A fs. 484 se habilita la feria judicial y a fs. 458 se corre traslado a la contraria y al Ministerio Público Fiscal. A fs. 459/493 evacua el traslado este último expresando que corresponde admitir parcialmente el recurso de apelación planteado. La demandada evacua el traslado a fs. 505/210.

A fs. 513 el Tribunal Superior de Justicia mediante Auto N° 1 de fecha 17/01/2019 resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora y en consecuencia confirmar el Auto número seiscientos diecisiete de fecha veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho, dictado por la Cámara Contencioso Administrativo de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba, imponiendo costas por su orden.

IX. A fs. 571 la parte amparista acompaña oficio de constatación debidamente diligenciado por la oficial de justicia y cinco fotografías en las cuales —manifiesta— se observan gran cantidad de residuos arrojados en el suelo de la Reserva Natural durante los partidos de hockey realizados el día 26/01/2019, ratifican y amplían la reserva del caso federal alegando que recurrirán ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en recurso extraordinario por sentencia arbitraria.

X. A fs. 575/580 la parte demandada acompaña informe emitido por la Dirección de Programación y Gestión Ambiental de la Municipalidad de Córdoba, en cumplimiento de lo ordenado en la medida cautelar. A fs. 584 acompaña resolución emitida por la

Sub Secretaria del Ambiente de la Municipalidad de Córdoba, de la que resulta la orden de restricción del ingreso de visitantes a toda la Reserva Urbana para los días en que se desarrollaron los eventos del 26/01/2019 y 02/02/2019, agregando que se llevaron a cabo bajo absoluto respeto por la normativa vigente y que la higiene del lugar se aseguró inmediatamente después de cada partido. Habiéndose cumplido íntegramente aquello que fuera manda de la medida cautelar, solicita pasen los autos a estudio para resolver. A fs. 591/592-597/598 se evacua vista de la documentación acompañada y se solicita ampliación del informe al CERNAR que se había adjuntado documentación en inglés, el que se agrega a fs. 605/621.

XI. A fs. 624 la parte actora denuncia hecho nuevo consistente en la utilización periódica (varios días por semana) nocturna de la cancha de hockey en la Reserva Natural con potente iluminación, impactando allí donde debe reinar el silencia y el resguardo, acorde de lo esperable en la vida natural.

XII. A fs. 641 se corre vista a la Fiscal de Cámara de todo lo actuado, la que es evacuada a fs. 648/659 emplazando a la parte demandada a acompañar documental en forma previa a emitir una decisión fundada respecto de la cuestión de fondo, lo que es cumplimentado a fs. 667/703. Remitidas nuevamente las actuaciones a la Sra. Fiscal de Cámara, evacua vista a fs. 707/745, solicitando que al resolver haga lugar a la acción de amparo.

XIII. A fs. 746 se dicta el decreto de autos, quedando la causa en estado de ser resuelta.

XIV. Mediante la presente acción de amparo, la Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín, impugna el accionar lesivo de las demandadas, consistente en la construcción de una cancha de hockey sobre césped sintético con agua en el Camping Municipal San Martín, zona de uso intensivo de la Reserva Natural y los daños derivados de la misma, cuales son la extracción arbórea y la alteración de la flora y fauna del lugar ante la realización de espectáculos públicos (partidos de hockey), convocantes de gran cantidad de personas al lugar.

El amparista fundamenta la ilegitimidad del accionar de la administración, en las disposiciones de la Ordenanza 11.702 de creación de la Reserva, que impediría tal intervención. Solicita la remoción de las obras y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior.

La demandada Municipalidad de Córdoba, considera que su accionar se ajusta a lo dispuesto en la Ordenanza 11.702, sin afectar la capacidad del predio, estando alineada a los objetivos de protección y conservación del área; afectando una Zona definida como de Uso Intensivo. Postula la inadmisibilidad de la acción en los términos del art. 2 inc. a), d) y e) de la Ley 4915. Cuestiona, asimismo, la legitimación activa de la amparista.

La demandada Federación Amateur Cordobesa de Hockey sobre Césped, plantea su falta de legitimación pasiva, considerando que el solo hecho de ser quien aporta la carpeta y el sistema de riego, no resulta suficiente para traerlo al proceso; adhiriendo en forma subsidiaria al informe presentado por el Municipio.

XV. Con relación a la falta de legitimación activa de la amparista, que postula la Municipalidad de Córdoba, debe decirse que el art. 43 de la CN confiere la misma a las asociaciones que propendan a la defensa de los derechos de incidencia colectiva en general.

Asimismo, el art. 5 de la Ley 4915 autoriza la demanda de las asociaciones, con o sin personería jurídica, siempre que justifiquen mediante sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público.

Consecuentemente, a los fines de verificar la legitimación de la actora, basta con repasar los objetivos planteados en su Estatuto, cuyo art. 2 prevé que serán: fomentar la protección del Parque General San Martín, procurar su configuración como Reserva Natural Urbana, promover la conservación del bosque nativo, de su fauna y flora, propender a la recuperación de especies arbóreas, arbustivas y herbáceas, entre otros concordantes.

Por tal motivo, la pretensión de la demandada Municipalidad de Córdoba en este sentido no puede prosperar.

XVI. La Federación Amateur Cordobesa de Hockey sobre Césped ausencia de legitimación pasiva para ser traída a este proceso.

Es menester destacar que la ley provincial de ambiente 10.208, en su art. 73 establece que son sujetos pasivos de las acciones previstas en la misma, las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que en forma directa o a través de terceros sean responsables de hechos, actos u omisiones que generen perturbación, privación, daño, amenaza o menoscabo de los intereses difusos o derechos colectivos.

Bajo tales lineamientos, y teniendo especialmente en cuenta que la Federación demandada, conforme los términos del acuerdo asumido con el Municipio (fs. 92/94) no solo tiene a su cargo el financiamiento de la carpeta sintética y del riego de la Cancha de Hockey, sino que comparte con la Municipalidad de

Córdoba el uso del Estadio, organizando eventos deportivos, que son justamente los que denuncia la actora como lesivos al ambiente, la defensa ensayada por la co-demandada debe ser rechazada.

XVII. La demandada Municipalidad de Córdoba, plantea en su responde la inadmisibilidad de la acción, en los términos del art. 2 inc. a), d) y e) de la Ley 4915. Cabe tener presente que cuando se encuentra en juego la defensa del ambiente, deben superarse las vallas meramente formales que impiden al juzgador ingresar al estudio de la cuestión fondal, modificando el paradigma del proceso, con amplias facultades del juez, en un nuevo rol activo y protagónico, conduciendo el proceso, a fin de resguardar adecuadamente los derechos constitucionalmente protegidos.

Entiendo, asimismo, que cuando se trata de la defensa del ambiente, la única vía procesal idónea es la acción de amparo ambiental, entendido este como proceso constitucional que, con fundamento en los arts. 41 y 43 de la CN y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como así también en los arts. 66 y 68 de la CP, pone su foco en la posible existencia de daño ambiental, procurando su cesación, recomposición y reparación.

Por otra parte, tal como lo manifestara supra, el juzgador juega un papel protagónico en el proceso, que excede sus clásicas facultades, potenciándolas e imponiéndole el deber de disponer todo tipo de medidas conducentes a la protección del interés general, aún sin requerimiento de parte. Desde esta perspectiva, carece de sentido la invocación - en este tipo de procesos— de la disposición del art. 2 inc. d), toda vez que el ámbito para producir el debate y la prueba en esta materia, es el mismo proceso de amparo ambiental.

Finalmente, en cuanto el planteo de extemporaneidad de la presente demanda, debo decir que el mismo no puede ser de recibo, no solo por la particular naturaleza del proceso, sino porque tal circunstancia no puede ser una variable estricta y abstracta que impida al particular acceder a la jurisdicción por esta vía, sino que deben ponderarse las circunstancias de la causa, flexibilizando la aplicación de tal parámetro a la situación fáctica acaecida en el caso concreto.

En autos existe una continuidad y actualidad del daño alegado, manteniendo sus efectos en el tiempo, acudiendo la actora a esta jurisdicción a los fines de su cese y reparación.

XVIII. El art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994 dispone que: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.".

Por su parte, el art. 48 de la Constitución de la Provincia de Córdoba preceptúa:

"Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución o por la Constitución Nacional, y no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma que determine la ley".

Asimismo, la protección del ambiente se encuentra garantizada constitucionalmente, en los siguientes términos: "Artículo 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales."

A nivel provincial, tal protección se encuentra consagrada en similares términos en los arts. 66 y 68 de la CP.

Tal la normativa constitucional que establece los presupuestos de procedencia de la presente acción, a la luz de los cuales deben ser analizadas las pretensiones de las partes.

Más precisamente, la cuestión a dilucidar bajo dichas directrices y las que brinda la Ley General de

Ambiente N° 25.675 y su similar provincial N° 10.208, se centra en determinar si existe reproche constitucional en la realización de la obra de que se trata y en particular, en la organización de los eventos deportivos en el Camping Municipal San Martín, condicionado el mismo a la existencia o presunción del daño ambiental que los actores invocan en su demanda.

XIX. La Reserva Natural Urbana al Parque General San Martín (RNU), fue creada por Ordenanza 11.702, declarándosela Patrimonio Ambiental de la Ciudad de Córdoba (art. 1°).

Se la define como "El área definida mediante instrumento público que se dedica a la conservación de ambiente nativo, es decir, proteger la flora y fauna nativa presente en la reserva y sus componentes y procesos, y que permite en las áreas habilitadas para tal fin, actividades educativas y de otra naturaleza, en tanto respeten esta Ordenanza, su reglamento y demás normas aplicables." (art. 3 inc. l).

Su conservación y uso se regirá conforme los siguientes criterios (art. 4):

a) El principio de progresividad, por el cual no se podrá establecer una protección menor a la preexistente.

b) El principio de precaución, por el cual se debe proteger a las personas y al ambiente ante cualquier acto, obra, elemento o acción genere un impacto ambiental o sanitario sin argumentación científica.

c) El enfoque de sostenibilidad y sustentabilidad que implica la adopción y desarrollo de tecnologías y procedimientos que aseguren el funcionamiento indefinido de la Reserva.

d) Enfoque eco sistémico: Es una estrategia para la gestión integrada de tierras, extensiones de agua y recursos vivos, mediante la que se promueve la conservación y utilización sostenible de modo equitativo, teniendo en cuenta la interdependencia e interacción de sus componentes. (Convenio de Diversidad Biológica, CDB, 1999).

e) Capacidad de carga: Se entiende por tal a la capacidad de un ecosistema para sustentar organismos sanos y mantener al mismo tiempo su productividad, adaptabilidad y capacidad de renovación.

f) La naturaleza será de uso público: Lo que implica que la Reserva es accesible a los habitantes de la ciudad de Córdoba y visitantes, en tanto dicha accesibilidad sea coherente con la conservación de los bienes naturales y culturales y el Plan de Manejo. El art. 5 define tres zonas de manejo: de Conservación, de Amortiguación y de Uso Intensivo, no encontrándose controvertido que la obra de que se trata se encuentra localizada en esta última, que comprende las áreas naturales intervenidas que contienen recursos y aptitudes para desarrollar actividades educativas y recreativas, incluyendo el Camping Municipal, y tiene por objetivo desarrollar y promover actividades de educación ambiental y de recreación compatibles con la vida al aire libre y la conservación del ambiente nativo de las otras dos Zonas.

En esta Zona pueden realizarse concesiones para promover el Camping, siempre teniendo en miras los objetivos de la Reserva (art. 6); encontrándose exceptuada de la prohibición del art. 14 inc. n (circulación de motos, cuadriciclos, vehículos 4 x 4, etc.). Cualquier obra, acción o actividad que se proyecte en la Reserva, debe presentarse como Proyecto en los términos de la Ordenanza 9847 (art. 13).

El art. 14 contiene las prohibiciones, entre las que se resaltan: "d) Los asentamientos humanos, las instalaciones, edificaciones y obras de infraestructura y/o de otra naturaleza, que no respondan a los objetivos de protección y conservación de la Reserva." y "ll) La realización de conciertos, espectáculos actividades similares que concentren grandes cantidades de personas y vehículos" que invoca la accionante como expresamente violentadas por el accionar de las demandadas.

El art. 19 establece que la Unidad de Manejo deberá definir las actividades deportivas no mecánicas a realizarse en las Zonas de Uso Intensivo.

XX. Las constancias documentales relevantes incorporadas a la causa, dan cuenta que:

a) Mediante Expte. 044103 iniciado el 6 de Diciembre de 2017 por la Secretaria de Planeamiento e Infraestructura (fs. 51/72 vta.), se elevó a la Secretaría de Ambiente Municipal el "Aviso de Proyecto" vinculado a la Obra de reemplazo de Cancha de Futbol por Cancha Auxiliar de Hockey sintética en el predio del Camping General San Martín— Zona de Uso Intensivo de la Reserva San Martín.

Dicho aviso de proyecto contiene un Plan de Mitigación, proponiendo para la etapa de Obra la forestación con 100 ejemplares arbóreos, la generación de un cerco vegetal con arbustivas nativas, y el control de maquinarias y materiales; y para la etapa de uso, la capacitación del personal sobre uso de áreas protegidas, y forestaciones anuales como estrategias de concientización (fs. 61).

A fs. 68/70 obra el Informe Técnico de la Dirección de Evaluación de Impacto Ambiental, de fecha 12 de diciembre de 2017, en el que aconseja la aprobación

del proyecto presentado, en los términos que se replican en la Resolución de la Comisión de Ambiente N° 1348 Serie "A", de fecha 14 de diciembre de 2017 (fs. 71/72 vta.) Tal dispositivo tiene en cuenta que el emprendimiento que se proyecta no tiene previsto incorporar nuevas gradas, vestuarios ni sanitarios; que se limita a las zonas de uso intensivo de la Reserva, en terreno ya intervenido (cancha de futbol 11), infiriendo la existencia de los espacios destinados a circulación y maniobras de estacionamiento y acceso vehicular. Plantea que una vez culminado, la ocupación del espacio debe respetar los lugares asignados según los usos previstos, debiendo tomarse los recaudos para que las áreas de reserva y zonas de protección se mantengan como tal, sin suponer riesgo o amenaza al resto de las zonas.

Sobre tal base, se aprueba el Aviso de Proyecto de la obra a ejecutarse en el predio del Camping Municipal General San Martín - Zona de Uso Intensivo de la Reserva, quedando sujeto al cumplimiento de las condiciones y normativas que se detallan, entre las que cobra relevancia el punto D) que exige la presentación de una memoria descriptiva que contenga imágenes de la recuperación del entorno inmediato, una vez culminada la etapa constructiva; como así también detalla la normativa a cumplir; consignándose que en caso de incumplimiento de cualquiera de ellas, la Autorización Ambiental quedará revocada de pleno derecho.

En el art. 4 de la norma citada, se emite la Declaración de Impacto Ambiental, en los términos de la Ordenanza 9847 y su reglamentación.

b) De la testimonial del Sr. O. S. (fs. 166/167), socio de la actora y empleado de la Municipalidad demandada, quien presta servicios en la Reserva como "Guardaparte" y forma parte de la Unidad de Manejo, surge que las obras de que se trata se realizaron sobre infraestructura existente. Así, expresa que "Había una (cancha de hockey) que está siendo modificada, que era césped sintético y arena y ahora la están transformando en cancha de agua. Que la otra era una cancha de "futbol 11", que fue desarmada para realizar una cancha de hockey sobre césped sintético. Que se demarcó una nueva cancha de futbol en otro sector, a la cual se le instalaron reflectores." (...) "que esa cancha de futbol no existía, había césped. En un momento se utilizó el espacio para hacer arquería. Que se pintó con cal, se pusieron arcos y reflectores."

c) A fs. 172/188 obra la constatación judicial, en la que se incorporan fotografías del sector: cancha de hockey, cancha de futbol, tribunas, etc.

d) A fs. 221/325 obra el informe producido por el CERNAR, organismo que acompaña publicaciones referidas al tema y recomienda que la Reserva San Martín siga funcionando como espacio verde, mejorando su capacidad ecosistémica, como depurar y generar aire, infiltración de agua, reguladora de clima, etc. Requiere la ampliación de la flora nativa.

Es menester destacar que el Organismo oficiado no se expide puntualmente respecto a la realización de los eventos y su incidencia negativa en la Reserva como tal, ni en el perjuicio puntual que la actividad causa a la misma y su posibilidad de mitigación. Solo se limita a acompañar los estudios realizados, sin emitir tampoco juicio de valor respecto de los mismos.

e) A fs. 371 obra informe de la Subsecretaria de Ambiente municipal, con relación al hecho nuevo denunciado por la actora vinculado a la remoción de especies arbóreas, en el que manifiesta que autorizó la extracción de dos ejemplares de Cipres Horizontal y Cipres Piramidal del Camping Municipal, en razón que presentaban ataque de pulgón que ocasionaba alta producción de resina que se desprendía de los mismos, resultando necesaria su remoción, no siendo aconsejable su transplante.

f) A fs. 374/381 se acompañan fotografías de los eventos deportivos desarrollados el día 20 de octubre de 2018 (final del campeonato de hockey), donde se observa la afluencia de vehículos y personas al predio, la iluminación nocturna del Estadio, humo de bengalas, denunciando la amparista la utilización de altoparlantes, bombos y batucadas por parte de los concurrentes del lugar; y a fs. 388/395, las del día 27 de octubre de 2018 y las correspondientes a las obras de ampliación de vestuarios para la cancha de hockey.

g) A fs. 413/416 obra Convenio Específico de Cooperación y Asistencia Técnica entre la Universidad Nacional de Córdoba - Facultad de Ciencias Agropecuarias—, la Subsecretaría de Ambiente y la Subsecretaría de Deportes de la Municipalidad de Córdoba, cuyo objetivo principal es el trabajo conjunto en la implantación y conservación de una colección de especies arbóreas, entregando la Facultad 97 plantines de las especies detalladas en el anexo, destinados a la Reserva.

h) A fs. 423 obra comunicación formulada por el Municipio a la Federación codemandada, relacionada con el torneo de hockey femenino llevado a cabo el día 22 de octubre de 2018, en donde concurrió numeroso público con elementos sonoros y de pirotecnia, los que se encuentran prohibidos en el predio; haciéndole saber que ante la realización de eventos de esta naturaleza debe remitir la documentación con la debida antelación a la Secretaria de Ambiente, para

que se adopten las medidas tendientes al resguardo del área protegida; debiendo la Federación informar de las prohibiciones al personal de su dependencia y a las organizaciones que concurren a la Reserva. Idéntica comunicación se remitió al Subsecretario de Deportes (fs. 425/426).

i) A fs. 501/504 obra Resolución N° 1385, emanada de la Comisión de Ambiente, de fecha 9 de enero de 2019, relacionada con el Aviso de Ampliación de Proyecto de readecuaciones en las instalaciones vinculadas a la Cancha de Hockey, el cual aprueba, otorgando la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental.

j) A fs. 534/565 obra constatación judicial realizada por la Oficial de Justicia Marta Bustos Mercado, en la cual acompaña fotografías del evento deportivo desarrollado en los meses de enero/febrero del corriente, en las que puede observarse la afluencia de público, vehículos estacionados, luminarias encendidas, puestos gastronómicos y tribunas desmontables. Se constata la existencia de baños químicos. Manifiesta la oficial interviniente que, según le informa el representante de la Confederación de Hockey, habría 2500 personas, en razón de las entradas que se vendieron.. Constata la existencia de 290 autos, 9 motos en el estacionamiento, tres vehículos de prensa, dos ambulancias y un camión cisterna; 3 Food Tracks y puestos fijos que expenden agua gratuitamente. No se observa público consumiendo bebidas alcohólicas. Se utiliza sistema de propalación de sonido, haciendo la aclaración que cuando se encontraba en el ingreso de la reserva no se escuchaba música desde ese punto. Informa que se escucha un audio donde se pide la concientización de la protección de la Reserva, lo cual también se requería por medio audiovisual. No se escucha a los espectadores alentando a su equipo con cánticos ni se escuchan cornetas ni redoblantes ni elementos semejantes, solo escuchándose el sonido de los pájaros durante el desenvolvimiento del partido. No se arrojaron bengalas ni se utilizó pirotecnia, y a las 18.30 se encendieron las luminarias por requerimiento de la televisación.

k) A fs. 576 obra Nota N° 004/19 de la Dirección de Programación y Gestión Ambiental, de fecha 25 de enero de 2019, en la que informan que según la capacidad operativa determinada por la infraestructura instalada y la ocupación histórica del camping que ha demostrado no generar un impacto significativo negativo sobre la zona de conservación en un contexto de uso social normal, estiman como capacidad de carga 2500 personas y 300 vehículos, estipulada en la DIA N° 001385 del día 09/01/2019. Dicha nota se encuentra suscripta por la Directora y la Subdirectora de Programación y Gestión Ambiental del Municipio.

l) A fs. 581/582 obra Resolución N° 003 de la Subsecretaría de Ambiente de fecha 25 de enero de 2019 que dispone la restricción del ingreso de visitantes en la Reserva, los días 26 de enero y 2 de febrero de 2019, y aprueba el Plan de Manejo para los eventos FIH Hockey Proleague.

m) Conforme lo requerido por la Fiscalía de Cámara, con fecha 8 de agosto de 2019 la Dirección de Programación y Gestión Ambiental informa que la capacidad de carga y vehículos permitidos se estima en 2500 personas, conforme la capacidad operativa determinada por la infraestructura instalada y la ocupación histórica del camping que ha demostrado no generar un impacto significativo negativo sobre la zona de conservación en un contexto de uso social normal. La cantidad de vehículos la estima en 300, considerando los antecedentes, y la superficie disponible para localizarlos en un marco ordenado. Tal informe se encuentra suscripto por la Directora y Subdirectora de Programación y Gestión (fs. 668).

Asimismo, a fs. 685/686 se incorpora el informe de la Inspección, previo a la extracción de árboles denunciada por la amparista, donde el profesional actuante recomienda la misma a la Subsecretaria de Ambiente.

n) A fs. 696 se incorpora informe de la Directora de Evaluación de Impacto Ambiental, en el que manifiesta que el Proyecto de Construcción de cancha de Hockey en el Camping Municipal cumplimentó el procedimiento de EIA.

XXI. De la lectura de la demanda incoada y de todas las presentaciones posteriores de la amparista, se advierte que la misma pretende poner en un mismo plano, como fuente de daño a los componentes de la Reserva, a las obras en sí mismas y a las actividades que pudieran realizarse en las nuevas instalaciones cuestionadas. Así, cuestiona la organización de los eventos programados por la Dirección de Deportes Municipal, les atribuye una convocatoria de público exagerada, ingreso de vehículos en exceso, ruidos derivados de los autoparlantes, etc.; y con tal invocación intenta justificar su pretensión de "remoción de toda la modificación del lugar que implicaran las obras en cuestión, restableciendo las cosas a su estado anterior a cargo de la co— demandada Municipalidad de Córdoba, como propietaria responsable del lugar.", como única forma de "recomponer" el daño ambiental que invoca.

Mas es del caso señalar que lo peticionado no resulta razonable ni se erige como medio adecuado a los fines de evitar el daño, ya que no se advierte relación de causa— efecto entre este y las obras de que se trata; sino más bien, el presunto daño se encuen-

tra circunscripto al uso que de las mismas realizan las entidades demandadas. Asimismo, la pretensión que esgrime la amparista, amén de no ser congruente con la situación fáctica que invoca como fundante, tampoco guarda relación con los objetivos de la Reserva Urbana, que tiene también como finalidad ser un espacio de recreación, reservándose a tal fin la Zona de Uso Intensivo.

En dicho marco, entiendo que las Obras de que se trata no tienen por sí mismas potencialidad de daño ambiental alguno, contando para su construcción con la debida autorización ambiental (Resoluciones N° 1348/2017 dictada en forma previa a la realización de la Obra y 1385/2019 dictada en forma previa a la realización del último de los eventos en aquella, ya citadas); actos administrativos dictados por la autoridad municipal competente, Comisión de Ambiente, encargada de evaluar la necesidad de requerir Estudios o Informes de Impacto Ambiental y/o convocar audiencia pública; y que gozan de presunción de legitimidad, la cual no ha sido debidamente desvirtuada por parte de la amparista.

En tal sentido, debe destacarse que la accionante no ha acompañado prueba alguna que permita si quiera inferir la ilegitimidad de las licencias ambientales acordadas a las obras de que se trata, limitándose genéricamente a invocar en forma dogmática, derechos constitucionalmente protegidos, sin individualizarlos en el caso concreto. Por otra parte, se encuentra acreditado en autos que las obras fueron realizadas sobre la infraestructura existente en el Camping Municipal, tal como expresamente lo reconoce el Sr. O. S., socio de la actora, Guardaparque e integrante de la Unidad de Manejo de la Reserva; y que en el Camping Municipal, se desarrollan desde tiempo inmemorial actividades deportivas, en especial, la práctica de hockey, donde concurren a entrenar distintas organizaciones de la sociedad civil.

Por tal motivo, no se advierte ni lo ha puesto específicamente de manifiesto la accionante, como el mejoramiento de las obras de infraestructura existente, aún cuando signifique su ampliación, puede redundar por sí en un daño ambiental o en una desnaturalización del uso de la Reserva, cuando se encuentran emplazadas en una zona especialmente destinada al uso público, a la recreación, a la vida al aire libre como forma de concientización de la protección ambiental, en todo lo cual la promoción deportiva interviene activamente.

Nótese que, dentro de los Derechos Personales que cuentan con protección constitucional, se encuentra específicamente enumerado el derecho de toda persona a acceder, libre e igualitariamente, a la práctica del deporte (art. 19.13 CP), siendo considerada una actividad de interés social (art. 56); resultando fundamental a fin de promover tales derechos, en forma igualitaria, la existencia de espacios públicos destinados a la práctica deportiva de quienes no cuentan con otra posibilidad.

En dicho marco, la promoción deportiva en el ámbito de la Reserva, en una zona expresamente destinada y habilitada a tal fin, forma parte de las "cuestiones de mérito, oportunidad y conveniencia que incumben a la Administración y que este Poder Judicial en principio debe respetar, salvo evidente arbitrariedad o irrazonabilidad" (Cfr. TSJ, Auto N° 1/2019, p. 518 vta.).

Consecuentemente, no entiendo que la denegatoria de la medida cautelar requerida por la amparista (confirmada por el superior) haya vulnerado los principios que constituyen parte de los presupuestos mínimos consagrados por la Ley 25.675 LGA y ratificados por Ley 10.208, tal como lo postula la Sra. Fiscal de Cámara a fs. 736, por no advertir cuáles de ellos se encontraban en juego, tal como se puso de manifiesto al analizar la verosimilitud del derecho invocado, ni advierto como necesaria para la realización de la obra la convocatoria a audiencia pública prevista en la normativa ambiental; entendiendo, por otra parte, que la representante del Ministerio Público se ha excedido, en dicho punto, en las consideraciones que le corresponden formular en cuanto a la procedencia o no del otorgamiento de la medida cautelar, competencia exclusiva del Tribunal.

XXII. El art. 41 de la CN, define una regla federal ambiental uniforme para todo el país, constituida por los presupuestos mínimos a dictar por la Nación como marco legal para que todos los habitantes gocen de un derecho ambiental común, sin distinción de jurisdicciones, lo que se materializó mediante Ley 25.675.

En idéntica línea, y en el marco de sus propias competencias, la Provincia de Córdoba dictó la Ley 10.208, de Política Ambiental Provincial, en la que se intensifican los factores de protección previstos en la ley federal; y en la órbita municipal, la Ordenanza 9847 regula lo atinente al Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental a desarrollarse en su seno.

Y es que, el medio ambiente es un bien colectivo supremo, un derecho humano fundamental cuya protección es responsabilidad de todos y su debida tutela beneficia o perjudica a toda la población, siendo el principio basal en materia ambiental el precautorio, esto es el que tiende a prevenir cualquier tipo de daño, evitando su consumación.

Pero tal protección especial no puede ser invocada en forma genérica y abstracta por la amparista, ni aún

frente a una declarada Reserva Natural, Patrimonio Ambiental de la ciudad.

Nadie puede desconocer su importancia y la necesidad de su resguardo como pulmón verde de la ciudad, pero la invocación de actividad lesiva a dicho patrimonio, debe encontrarse debidamente fundada y la pretensión ejercida ser adecuada al cese del daño que se pretende.

En tales condiciones, reitero que no ha quedado acreditado en autos que las obras de que se trata atenten contra la naturaleza del área protegida, ni sean contrarias a los objetivos para los cuales la misma fue creada, encontrándose expresamente previsto su emplazamiento en la Zona de Uso Intensivo en los términos del art. 5 de la Ordenanza 11.702.

XXIII. Ahora bien, así como las obras realizadas no son susceptibles por sí de causar el daño ambiental invocado por los amparistas, la utilización que se haga de las mismas sí tiene potencialidad para hacerlo, si no se adoptan las medidas necesarias a los fines de resguardar el área protegida que constituye la Reserva Natural.

Así lo entendió este Tribunal en oportunidad del dictado del Auto N° 617/2018, frente al uso indebido de las instalaciones de la Reserva, en cuanto afirmó: "Es del caso enfatizar que la Reserva San Martín debe ser entendida como una "unidad territorial o de hábitat", y como tal pertenece al área de conservación de la flora y fauna existentes en la zona de afectación, por lo que para su protección corresponde evitar las situaciones que pongan en riesgo este patrimonio natural, atento a que existe un interés público comprometido en su preservación".

Y es que, lo que se pretende, es compatibilizar la protección del hábitat natural con el uso racional y adecuado de las zonas destinadas a la promoción deportiva y de recreación.

Tal objetivo ha sido entendido por la Municipalidad demandada, quien en el último evento desarrollado en los primeros meses del corriente año, adoptó las medidas tendientes no solo a evitar situaciones en pugna con la normativa legal, sino a concientizar al público asistente de la importancia de resguardar la Reserva, como pulmón verde de la ciudad. Ello surge de los términos de la constatación judicial —ya citada— en cuyo informe la Oficial de Justicia da cuenta de la adopción de todas las medidas dispuestas en la resolución mencionada.

Entiendo que la prohibición contenida en el art. 14 inc. ll), con relación a la realización de conciertos, espectáculos públicos y actividades similares que concentren grandes cantidades de personas y vehículos, guarda estrecha vinculación con la capacidad de carga de la Reserva que determine la Autoridad de Aplicación; ya que al tratarse de un concepto jurídico indeterminado ("grandes cantidades de personas y vehículos") su aplicación debe ser complementada por la Administración, insusceptible de control judicial salvo el caso de manifiesta irrazonabilidad o arbitrariedad, lo que no sucede en la especie.

No obstante ello, pese a que la Subsecretaría de Ambiente - autoridad de aplicación de la Ordenanza 11.702, ha determinado la capacidad de carga de la reserva (2500 personas y 300 vehículos), considero conveniente, en aras del principio basal precautorio que informa el derecho ambiental, ordenar a la Municipalidad de Córdoba acompañe al Tribunal un estudio relacionado con la misma, realizado por algún organismo imparcial de trayectoria en la materia, que permita determinar las condiciones de uso del área sin perjuicio del resto del sistema.

XXIV. En conclusión, considero que corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda incoada en autos, manteniendo y confirmando lo dispuesto oportunamente en la medida cautelar dictada en estos actuados a saber: a) que en caso de eventos deportivos de alta concurrencia, los mismos constituyan la única actividad diaria a desarrollarse en el predio, debiendo permanecer cerrado el camping municipal para cualquier otro tipo de actividad, medida que tiene por objeto extremar los cuidados en cuanto a concurrencia de asistentes, para evitar el impacto negativo en la reserva. A tal fin, hasta tanto se realice el estudio al que se hace referencia en el punto precedente, deberá estarse a la "capacidad de carga" estimada por la Subsecretaria de Ambiente (2500 personas y 300 vehículos), debiendo adecuarla una vez obtenido el resultado de aquel. b) en los eventos deportivos a los que se hace referencia en el punto anterior, deberán acatarse las prohibiciones del art. 14 de la Ordenanza 11.702, siendo responsabilidad de los organizadores proveer a su cumplimiento, bajo apercibimiento de las sanciones contractuales, contravencionales y penales que pudieran corresponderles. c) intervención previa de la Unidad de Manejo de la Reserva, frente a toda medida y/o trabajo o intervención que pretenda realizarse a los fines de evitar cualquier impacto negativo y resguardar el medioambiente.

XXV. Finalmente, en cuanto a las costas, corresponde imponerlas por el orden causado, atento el resultado propuesto para la presente causa, que deriva del particular análisis de la cuestión formulado en el presente.

Así voto.

La doctora *Ortiz de Gallardo* dijo:

Un enfoque ecocéntrico de la tutela del ambiente y de la garantía del Estado de derecho ambiental, me persuaden sobre la procedencia de una solución para el fondo del asunto traído a decisión de esta Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación, diferente al propuesto por la Sra. Vocal Dra. Cecilia María de Guernica, por lo cual, respetuosamente expreso los fundamentos en lo que justifico ese diferente desenlace.

Como ha sostenido la CSJN 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).

A partir de esta base conceptual, paso a desarrollar los fundamentos que justifican la decisión que propongo.

1.- Objeto de la acción:

1.1.- Mediante la presente acción de amparo, la Asociación Amigos de la Reserva Natural San Martín, pretende que se ordene la interrupción de la construcción de una cancha de hockey de césped sintético sobre agua, que al tiempo de interponer la demanda, se realizaría en el Camping Municipal San Martín, Zona de Uso Intensivo de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín, sita en calle Lillo s/n Córdoba, y de la realización de espectáculos públicos consistentes en partidos de Hockey, que disputarían las selecciones argentinas de hockey femenina "Las Leonas" y masculina "Los Leones" en el mes de febrero de 2018.

Asimismo, la parte actora formuló una ampliación del objeto de la acción (fs. 123/124 vta.) oportunidad en la cual expresó que, al no haber sido otorgada la cautelar solicitada al interponer la demanda, como modo de resguardar el principio de congruencia, la sentencia definitiva que se dicte, ordene la remoción de toda la modificación del lugar, que impliquen las obras en cuestión, restableciendo las cosas a su estado anterior, a cargo de la co-demandada Municipalidad de Córdoba.

1.2.- La Municipalidad de Córdoba se opone al progreso de la acción y sostiene que debe ser rechazada ya que no hay infracción ni acto alguno en ejecución, que exhiba inminencia ni que resulte susceptible de ocasionar un daño.

Alega que la accionante incurre en irresponsables y falaces afirmaciones respecto de que la actividad desarrollada por el Municipio es susceptible de afectar la biodiversidad de la Reserva Natural, lo que no encuentra respaldo en ninguna prueba arrimada a la causa.

2.- Cuestiones formales preliminares:

2.1.- Acuerdo con la Sra. Vocal de primer voto Dra. Cecilia María de Guernica, en la solución propuesta al punto de debate relacionado con la aducida falta de legitimación activa de la Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín, que planteó la Municipalidad de Córdoba.

En esta acción y por el análisis de los antecedentes del dictado de la Ordenanza N° 11.702, ha quedado acreditado que ha sido por la constante participación de la citada Asociación, que trabajó colaborativamente con la Municipalidad al tiempo de sancionarse dicha normativa, que se categorizó como "Reserva Natural Urbana" al entonces "Parque" General San Martín, lo que demuestra el claro compromiso social y de sostenibilidad y sustentabilidad ambiental que informan su objeto societario y que en los términos del art. 43 de la CN justifica categóricamente su legitimación procesal activa.

El derecho a un ambiente sano y a la calidad de vida ha encontrado espacio en la parte dogmática de las constituciones y la vía de acceso a la justicia es la acción de amparo, que habilita el cauce de protección para la tutela judicial por las asociaciones que propendan a la defensa de los fines ambientales.

Por consiguiente, la amparista tiene legitimación procesal activa para interponer este proceso de amparo ambiental, la que está expresamente reconocida y se infiere sin dificultad de la interpretación sistemática de los arts. 41 y 43 de la CN.

2.2.- Igualmente comparto los fundamentos y conclusiones expuestos para desestimar la pretendida falta de legitimación pasiva de la Federación Amateur Cordobesa de Hockey sobre Césped (FACHCS), toda vez que esta Institución se relacionó voluntaria y libremente con la Municipalidad de Córdoba mediante un Convenio de Comodato de uso de la cancha de hockey de césped sintético sobre agua, respecto de la cual donó la cubierta sintética que adquirió de la firma Forbex.

En este punto hago propios los argumentos explicitados por la Sra. Fiscal de Cámara en su Dictamen

N° 485 de fecha 17/09/2019 (fs. 731) en el que expresa: "...del Convenio suscripto entre la misma y la Municipalidad de Córdoba (fs. 89/91), surge que "El uso del "Estadio Municipal" será compartido entre la FACHSC y la Municipalidad conforme las siguientes especificaciones: a) entre la FACHSC y la Municipalidad para el uso el "Estadio Municipal", deberá elaborar un cronograma de actividades en forma mensual para establecer la disponibilidad de la cancha a los fines de: por parte de la FACHSC programar los entrenamientos de los distintos seleccionados, partidos del torneo local que se pudieren proyectar, la utilización para la organización de campeonatos argentinos, nacionales de clubes, ligas nacionales, regionales de clubes y encuentros de carácter internacionales; por parte de la Municipalidad la programación del hockey federado a través del Club Municipalidad y la programación del hockey social a través de las unidades programáticas. b) En caso de realizarse eventos de característica internacional o nacional ambas partes formalizarán convenios en forma particular", énfasis agregado (cfr. cláusula séptima, fs. 93).

Por lo tanto, si la pretensión objeto del presente amparo ambiental (demanda y ampliación) es que se ordene la remoción de las obras realizadas y la consecuente paralización de las actividades o espectáculos que allí se llevan a cabo, en violación de la normativa aplicable, en tanto son consideradas lesivas del derecho constitucional a un medioambiente sano, y la co-demandada, por el Convenio en cuestión, tiene a su cargo la programación de las actividades que allí se realicen y la utilización de dichas obras para la realización de tales eventos, no cabe duda de su legitimación pasiva.

En tales condiciones, la co-demandada Federación Amateur Cordobesa de Hockey, es parte en su faz pasiva de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión actora, razón por la cual, en opinión de la suscripta, la defensa de falta de acción planteada por la Federación debe ser rechazada..." (fs. 721 vta.).

2.3.- Finalmente, comparto y acuerdo con los fundamentos y conclusiones expresados por la Sra. Vocal de primer voto Dra. Cecilia María de Guernica en cuanto a la desestimación de los argumentos defensivos desarrollados por la Municipalidad de Córdoba acerca de la inadmisibilidad formal de la acciónde amparo ambiental, en coincidencia con los expresado por la Sra. Fiscal de Cámara (fs. 721 vta. y ss.).

3.- Cuestión ambiental de fondo

Sin embargo, en cuanto a la cuestión de fondo, estimo que procede acoger la demanda, con un alcance diferente al circunscripto para la Sra. Vocal que me precedió en el estudio de la causa. Por esta razón, propicio el acogimiento íntegro de la acción de amparo ambiental, merced a los fundamentos que expreso en las siguientes consideraciones.

4.- La creación de la Reserva Natural Urbana General San Martín (RNU):

4.1.- La creación de la actual Reserva Natural Urbana General San Martín, fue precedida por la creación del "Parque General San Martín" mediante Ordenanza N° 6933 (BOM 08/03/1979) cuyo art. 1 dispuso: "Desígnase con el nombre de "Parque General don José de San Martín" al grupo de inmuebles designados catastralmente como: 10-1-1-1, 10-1-2-2; 10-1-2-3; 10-1-2-4; 10-1-2-5 //10-1-1-38; 10-1-3-1; 10-1-3-2; 10-1-3-3; 10-1-3-4; 10-1-4-1; 10-l-3-5; 10-1-3-6; 10-1-3-7; 10-1-3-8; 10-1-3-9; 10-1-3-10; 10-1-3-11; 10-1-3-12; 10-1-3-13, y a toda fracción que con posterioridad pudiera incorporarse al mencionado conglomerado de predios".

4.2.- La Ordenanza N° 7104 (BOM 21/06/1980) define como "Ambiente Natural" al conjunto de áreas silvestres y sus elementos constitutivos dedicadas a otros usos del suelo que no sean los definidos como urbanos o agropecuarios, que incluyen como rasgos fisonómicos dominantes la presencia de bosques, pastizales, bañados, lagos y arroyos y cualquier otro tipo de formación ecológica inexplotadas o escasamente explotadas, con características nativas o seminativas; por extensión y con los agregados que correspondan, ecosistema natural.

Entre sus objetivos declara de interés público, a los fines de su manutención, defensa y mejoramiento, a todos los ambientes urbanos, agropecuarios y naturales, con todos sus elementos constitutivos que por el valor que ellos encierran o representan, sean aptos para estimular la riqueza nacional, provincial y comunal en orden a la cultura, a la ciencia, a la técnica, a la recreación y particularmente en beneficio de la óptima calidad de vida dentro del ejido municipal de la ciudad de Córdoba (art. 2). Los arts. 10 y 15 prohíben toda acción que degrade o sea susceptible de degradar, parcial o totalmente, a los individuos y poblaciones de la flora y de la fauna, con mayor razón si se trata de individuos o poblaciones de especies animales declaradas en peligro de receso o extinción por los organismos nacionales, provinciales y municipales (art. 18 ib.).

4.3.- La Ordenanza N° 9655 (BOM 15/05/1997) sobre "Uso del Parque San Martín" y su Decreto N° 566, Serie A de fecha 07/05/1997 que vetó parcialmente la ordenanza, estableció los siguientes objetivos de manejo para el Parque (art. 2), en función de establecer criterios y pautas de acción para el uso sustentable, entre los cuales enuncia:

"1 - Conservar muestras de bosques nativos.

2 - Conservar muestras de ecosistemas urbanos.

3 - Conservar especies vegetales y animales.

4 - Proteger paisajes representativos naturales, antrópicos, característicos.

5 - Proteger cuencas y sistemas de provisión de agua.

6 - Controlar y evitar la erosión aguas abajo.

7 - Conservar muestras de valor histórico y cultural.

8 - Proporcionar belleza escénica.

9 - Ofrecer oportunidades de Educación Ambiental.

10 - Ofrecer oportunidades de Investigación y Monitoreo.

11 - Ofrecer oportunidades de Percepción e Interpretación Ambiental.

12 - Ofrecer oportunidades de Recreación y Turismo.

13 - Regular las actividades del Rally Internacional Córdoba para que se desarrollen con el mínimo impacto ambiental en el ámbito del Parque".

Su art. 4 estableció: "Será de acceso restringido el sector alto del Parque, excepto para el personal municipal en tareas de recuperación y/o mantenimiento.

Queda prohibido en todo el ámbito del Parque: la tala, quema, extracción de tierra, áridos y especies animales y vegetales, la caza y arrojar residuos de cualquier tipo y volumen.

Queda prohibida la poda en los sectores altos y bajos fuera del área del Camping Municipal.

Quedan prohibidas las actividades deportivas que a continuación se detallan: motocross, [bicicross - vetado], cuadriciclos y similares, así como el uso del circuito de rally fuera de las actividades programadas para este".

En su Anexo I se define:

"4. Zona de uso intensivo

4.1. Definición

Consiste en áreas naturales intervenidas que contienen recursos y aptitudes para desarrollar actividades educativas o recreativas intensas.

4.2. Descripción:

Área del Camping Municipal y franjas contiguas al mismo en el sector noroeste. Sector adyacente al Complejo Ferial Córdoba en el primer nivel de la playa de estacionamiento hasta el canal de desagüe de la misma.

Incluye el bosquecito que bordea al Centro de Arte Contemporáneo (Chateau Carreras). Incluye los sitios de extracción reciente de áridos.

4.3. Objetivos del Área:

Facilitar el desarrollo de actividades de Educación Ambiental y Recreación armónicas con el ambiente".

4.4.- El cambio de categoría de "Parque" a "Reserva Natural Urbana" se realizó mediante la sanción de la Ordenanza N° 11.702 del 30/11/2209 (BOM 08/01/2010), promulgada por Decreto N° 5716 de fecha 23/12/2009 y reglamentada por Decreto N° 3661 de fecha 12/08/2010 (BOM 19/08/2010). La Asociación Civil "Amigos de la Reserva Natural San Martín" fue la Institución que, precisamente, elaboró de manera participativa y colaborativa el proyecto de ordenanza que categorizó al "Parque" como "Reserva Natural Urbana".

En su art. 1, la Ordenanza N° 11.702 dispone: "Créase como Reserva Natural Urbana al Parque General San Martín (RNU) declarándose Patrimonio Ambiental de la Ciudad de Córdoba.

Se entiende por Reserva Natural Urbana, a las áreas naturales insertas en la trama urbana que albergan muestras de ecosistemas nativos representativos de la zona y son objeto de protección diferenciada.

La superficie de la Reserva está conformada por las parcelas 10-01-001-038, 10-01-002-001 a 005, 10-01-003-001 a 013, 10-01-004-001, siendo estas 20 parcelas que equivalen a 114 ha. 7746 m2, según lo establece la Ordenanza N° 6933 del Año 1979".

El art. 2 ib. expresa: "Dispónese que serán finalidades de la reserva las siguientes:

a) Conservar las especies y poblaciones de la biota autóctona.

b) Conservar el paisaje y muestras de ecosistemas naturales.

c) Proteger el suelo, fomentando su recuperación en áreas quemadas o alteradas por erosión eólica e hídrica y controlar las acciones externas que produzcan procesos de erosión dentro de la RNU.

d) Contribuir al mantenimiento de la diversidad biológica y del patrimonio genético.

e) Establecer un mecanismo de planificación para el adecuado manejo de la Reserva Natural Urbana General San Martín.

f) Apoyar acciones públicas y privadas tendientes a la conservación.

g) Promover la participación social y el compromiso ciudadano.

h) Actuar como Aula Abierta para la Educación Ambiental, tanto como apoyo a la educación formal como a la educación no formal, impartida por la Universidad Libre del Ambiente y otras Organizaciones de similares características.

i) Permitir el acceso a los bienes ambientales a toda la población de la ciudad, propiciando la recreación y turismo de bajo impacto en un ambiente natural.

j) Desarrollar políticas de conservación que aseguren el mantenimiento a perpetuidad de la Reserva.

k) Conservar muestras de valor histórico y cultural.

l) Respetar el derecho de las futuras generaciones a disfrutar y estar protegidos por un ambiente natural, cuyos beneficios y servicios ambientales son disfrutados por las actuales generaciones".

El art. 3 ib. contiene una serie de "definiciones" a los fines de esta ordenanza, de las cuales se ponen de relieve las siguientes:

"a) Ambiente Natural: Áreas con ninguna o escasa intervención humana que contiene porciones del ecosistema valiosas.

b) Biodiversidad: Variedad de organismos que integran la parte viva de un ecosistema.

c) Biota: El conjunto de los organismos que integran la parte viva de un ecosistema.

d) Ecosistemas Naturales o Balanceados: Ambiente donde interactúan organismos vivos y factores fisicoquímicos, cuya alta biodiversidad le permite al conjunto mantenerse en el tiempo sin necesidad de ayuda humana.

...l) Reserva Natural Urbana: El área definida mediante instrumento público que se dedica a la conservación de ambiente nativo, es decir, proteger la flora y fauna nativa presente en la reserva y sus componentes y procesos, y que permite en las áreas habilitadas para tal fin, actividades educativas y de otra naturaleza, en tanto respeten esta Ordenanza, su reglamento y demás normas aplicables.

...n) Suelo Natural: Suelo que ha sido producido por el ambiente nativo de la reserva y que este mismo ambiente protege".

El art. 4 de la Ordenanza N° 11.702/2009 consagra lo siguiente:

"La conservación y uso de la Reserva Natural se regirá de acuerdo a los siguientes criterios:

a) El principio de progresividad, por el cual no se podrá establecer una protección menor a la preexistente.

b) El principio de precaución, por el cual se debe proteger a las personas y al ambiente ante cualquier acto, obra, elemento o acción genere un impacto ambiental o sanitario sin argumentación científica.

c) El enfoque de sostenibilidad y sustentabilidad que implica la adopción y desarrollo de tecnologías y procedimientos que aseguren el funcionamiento indefinido de la RESERVA.

d) Enfoque eco sistémico: Es una estrategia para la gestión integrada de tierras, extensiones de agua y recursos vivos, mediante la que se promueve la conservación y utilización sostenible de modo equitativo, teniendo en cuenta la interdependencia e interacción de sus componentes. (Convenio de Diversidad Biológica, CDB, 1999).

e) Capacidad de carga: Se entiende por tal a la capacidad de un ecosistema para sustentar organismos sanos y mantener al mismo tiempo su productividad, adaptabilidad y capacidad de renovación.

f) La naturaleza será de uso público: Lo que implica que la Reserva es accesible a los habitantes de la ciudad de Córdoba y visitantes, en tanto dicha accesibilidad sea coherentecon la conservación de los bienes naturales y culturales y el Plan de Manejo".

El art. 5 ib. estableció tres zonas de manejo, cuyos límites geográficos están definidos en el Anexo I, a saber:

"A) Zona de Conservación: Comprende la zona interna a la Zona de Amortiguación, conforme a los límites establecidos en el Anexo I. Tiene por finalidad conservar el ambiente nativo y sus elementos, la flora, la fauna, el suelo y demás partes naturales y favorecer los procesos de sucesión ecológica secundaria que permitan el restablecimiento de la biodiversidad nativa original o asimilable.

B) Zona de Amortiguación: Abarca una franja de tres metros de ancho a ambos lados de la calle Miguel Lillo y de los caminos interiores y una franja de diez metros en todos los límites, excluyendo las márgenes del río Suquía, ubicadas dentro de las líneas de Ribera, que son de jurisdicción provincial, todo lo anterior, conforme a los límites geográficos establecidos por el Anexo I. Se invita al Gobierno de la Provincia de Córdoba a establecer medidas de conservación compatibles con lo dispuesto por esta Ordenanza. Tiene por objetivo proteger la Zona de Conservación de las actividades que pudieran desarrollarse en la Zona de Uso Intensivo. En esta zona se permite el corte de césped como elemento de prevención de incendios (cortafuegos) pero sin dañar los renovales de árboles y arbustos.

C) Zona de Uso Intensivo: Comprende las áreas naturales intervenidas que contienen recursos y aptitudes para desarrollar actividades educativas y recreativas. Comprende el predio del Camping Municipal. Tiene por objetivo desarrollar y promover actividades de educación ambiental y de recreación compatibles con la vida al aire libre y la conservación del ambiente nativo de la Zona de Conservación y de la Zona de Amortiguación".

Asimismo, en el art. 6 dispone que "...en la Zona de Uso Intensivo se podrán realizar concesiones, a los fines de promover el camping municipal, siempre que los mismos no se contrapongan con los objetivos de la presente Ordenanza".

La autoridad de aplicación de la Ordenanza es la Secretaría de Ambiente Sustentable y/o quien en su futuro la reemplace (art. 8 ib.).

El art. 13 ib. prevé que toda obra, acción o actividad que se proyecte para la Reserva Natural Urbana debe presentarse como Proyecto, de acuerdo a la Ordenanza N° 9847 (BOM 13/02/1998) que regula el "Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental". El art. 14 establece: "Prohíbese en la totalidad de la Reserva:

a) La cesión, préstamo, alquiler, venta y otras figuras asimilables.

...c) Las actividades que modifiquen el paisaje o afecten el ambiente y sus elementos constitutivos, naturales y artificiales.

d) Los asentamientos humanos, las instalaciones, edificaciones y obras de infraestructura y/o de otra naturaleza, que no respondan a los objetivos de protección y conservación de la Reserva.

g) La colocación de carteles publicitarios.

...k) La utilización de fuegos artificiales y en general de cualquier otro elemento pirotécnico.

...ll) La realización de conciertos, espectáculos públicos y actividades similares que concentren grandes cantidades de personas y vehículos".

El art. 19 dispone: "La Unidad de Manejo deberá delimitar con alambre liso las tres zonas de la RNU. En la Zona de Uso Intensivo deberá definir las actividades deportivas no mecánicas que sean compatibles con el plan de manejo de dicha RNU". 4.5.- El Decreto N° 30 del 19/02/1992 (BOM 19/02/1992), que es anterior a la Ordenanza 11.702 establece en sus considerandos que: "Que, actualmente, en las instalaciones del Camping se desarrollan, perfectamente coordinadas y destinadas a toda la Comunidad, actividades deportivas y recreativas que se programan y concretan a través de la Dirección de Deportes y Recreación dependiente de la Secretaría de Participación Vecinal y Desarrollo Humano".

El art. 2 del Decreto N° 30/1992 había dispuesto que el Camping Municipal ubicado en el Parque General José de San Martín, funcione como dependencia de la Dirección de Deportes y Recreación de la Secretaría de Participación Vecinal y Desarrollo Humano.

Pero a partir de la vigencia de la Ordenanza N° 11.702 de creación de la "Reserva", la autoridad de aplicación es la Secretaría de Ambiente Sustentable y/o quien en su futuro la reemplace (art. 8 ib.).

Asimismo, se creó la "Unidad de Manejo de la Reserva Natural Urbana General San Martín", dependiente de la "Secretaría de Ambiente", quien ejecutará el plan de manejo definido en el art. 10 de la Ordenanza N° 11.702.

5.- La importancia de la Reserva

5.1.- Tal como se explicita en la información pública ambiental, divulgada en el sitio web oficial de la Municipalidad de Córdoba, la Reserva se encuentra ubicada al noroeste de la ciudad abarcando una superficie de 114 hectáreas enmarcadas por el Río Suquía y el Canal Maestro Sur.

Es la única área protegida de la ciudad y constituye una zona de gran importancia biológica, ya que corresponde a una zona de transición entre dos ecorregiones, el Espinal y el Chaco Serrano, albergando ecosistemas nativos representativos.

Cuenta con una gran diversidad de especies tanto animales como vegetales, conservando la última

muestra del Espinal dentro de la ciudad de Córdoba. En el sector de uso intensivo se encuentra el Camping Municipal, donde se desarrollan actividades deportivas y al aire libre.

5.2.- En coincidencia con esa descripción, la amparista agrega que es el último relicto de bosque nativo de la ciudad de Córdoba, que protege una generosa biodiversidad del cruce entre el bosque chaqueño y el espinal. También hay arbustales y enredaderas propias de ese ecosistema; contiene variedades de algarrobos, talas, garabatos, chañares, quebrachos blancos, espinillos. Se han registrado ciento ochenta y dos especies de aves, cuarenta especies de mariposas, variada fauna (zorros, reptiles, coipos, comadrejas, serpientes, cuises, etc.).

Ello se corrobora con la testimonial del Sr. O. S., Técnico Universitario en Administración de Áreas Protegidas, guardaparque de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín, quien expresó (fs. 166/167) que en el ámbito de la reserva hay más de doscientas especies registradas de vertebrados y unas cien especies aproximadamente de árboles, arbustos, enredaderas, cactus y demás vegetación; que el mamífero más grande es el zorro gris; hay más de ciento ochenta especies de aves como perdices, garzas, carpinteros, lechuzas, loros, picaflores; que antes de las siete am horas se pueden ver zorros, liebres y escuchar y ver distintas aves en la zona de uso intensivo; que los animales se ocultan y se retiran ante el movimiento de automotores y personas.

5.3.- El testimonio de la Bióloga L. M. A. (fs. 198/199 vta.) resalta la importancia de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín, y señala que es un espacio muy singular, dado que tiene sectores de lomas y bajíos, que no tienen otros espacios y/o reservas; que posee actividad humana desde tiempos coloniales; que es un espacio de interjuego entre las Provincias Biológicas "Chaqueña" y del "Espinal", entre los sectores del Alto y del Bajo y el Río, que hace nexo entre las comunidades del llano y de la montaña, todo lo cual le da una elevada riqueza en comunidades vegetales, que ofrecen refugio a numerosas especies animales, en particular, las aves. Agrega que la reserva cuenta con una elevada herpetofauna, que son los reptiles, elevada riqueza de mariposas, hongos; posee bosques viejos y bosques en formación geológica particular "Las Areniscas de Saldán". Asevera que la Reserva tiene un gran valor como refugio de vida silvestre completa, atento el uso del suelo que se da, el avance de la frontera agrícola y la frontera urbana. Concluye que es una conjugación de especies naturales que no se hallan en otro lugar de la ciudad de Córdoba.

6.- Violación del objeto y de los fines para los cuales se creó la reserva:

6.1.- De la atenta lectura y ponderación de todas las pruebas agregadas a autos y de la interpretación de las normas en el tiempo, en la que la norma especial posterior prevalece sobre la anterior, se puede concluir con fundamento normativo expreso, que la Secretaría de Deportes y Recreación carecía de competencia para decidir por sí un cambio de paisaje y de fines para los cuales se creó la reserva, contrariando el objeto, los fines y las prohibiciones establecidas expresamente por la Ordenanza N° 11.702. Las actividades deportivas y recreativas están permitidas por la Ordenanza N° 11.702 en la medida que tengan "bajo impacto ambiental" y, en la Zona de Uso Intensivo, que comprende las áreas naturales intervenidas que contienen recursos y aptitudes para desarrollar actividades educativas y recreativas y comprende el predio del Camping Municipal "Tiene por objetivo desarrollar y promover actividades de educación ambiental y de recreación compatibles con la vida al aire libre y la conservación del ambiente nativo de la Zona de Conservación y de la Zona de Amortiguación".

6.2.- El Subsecretario de Ambiente el día 24/10/2017 (fs. 676) suscribió una nota dirigida al Director de Deporte Institucional Federado, mediante la cual requiere que "...previo a realizar cualquier intervención correspondiente al camping, le solicito que en el plazo perentorio de 48 horas, se informe a esta Subsecretaría, un Plan de Trabajo, en el cual se indique el movimiento que ejecutarán las máquinas, el movimiento del suelo, cómo se gestionará el remanente del mismo, que pudieren afectar al sector.

Siendo de fundamental importancia, la no afectación de cualquier recurso de la Reserva Natural Urbana General San Martín, como su fauna, arbolado, topografía del terreno, como así también tomar los recaudos correspondientes en la generación de diversos residuos...".

6.3.- El mismo día 24/10/2017 (fs. 677) la Directora y Subdirectora de la Dirección de Programación y Gestión Ambiental de la Municipalidad, dirigieron una nota al Director de Deporte Institucional Federado de la Municipalidad, mediante la cual le requirieron que "...se abstenga de realizar cualquier intervención en la Reserva San Martín, hasta que se presente el plan de obras y se ajuste toda acción a la normativa vigente, principalmente a la Ordenanza N° 11.702 de creación de la Reserva.

La situación constatada por el cuerpo de guardaparques, en el sector colindante con el alambrado oeste del Camping dentro de la zona de conservación, es el volcamiento de tierra (art. 14 inc. E), huellas de intervenciones con máquinas viales, movimientos de

suelo (art. 15 inc. l) y rotura de renovales (vinculadas a las obras de traslado de la cancha de hockey).

Cabe destacar que todas las zonas colindantes al Camping San Martín corresponden según el artículo 5 de la Ordenanza 11.702 a la zona de conservación y que los artículos 14 y 15 expresan claramente las prohibiciones con el objetivo de conservar el ambiente nativo y sus elementos…" (cfr. fs. 677).

6.4.- Al momento de elevar el Aviso de Proyecto vinculado a la "Obras de reemplazo de Cancha de fútbol por Cancha Auxiliar de Hockey sintética" de fecha 16/11//2016 (fs. 52) se expresa que "…esta intervención responde al resultado de prolongados procesos de cooperación entre el estado municipal, asociaciones deportivas y el estado nacional para su ejecución, uso y funcionamiento. La misma apunta a fortalecer y posicionar el deporte cordobés a nivel internacional, incluyendo programas deportivos sociales".

Asimismo, se señala que "…En el camping General San Martín, se encuentra actualmente en funcionamiento una cancha de césped sintético, que funcionará como cancha principal, una vez finalizada la obra y contará con la gestión de la Subsecretaría de Deportes y Recreación.

Su uso coexistirá compartido por las instituciones que tienen relación directa con el Hockey en nuestra ciudad, por un lado la Federación Cordobesa de Hockey Sobre Césped (FACHSC) institución que maneja el hockey a nivel provincial, quien contará con la misma para el desarrollo de competencias a nivel provincial en los distintos seleccionados que le pertenecen como así de los entrenamientos de preparación para dichas competencias, además pondrá en funcionamiento de manera conjunta con la subsecretaria de deporte de la Municipalidad de Córdoba el 1° Centro de Desarrollo de la Provincia en el deporte. También contará con la planificación de actividades relacionadas con el hockey social tratando de llegar a aquellos que no disponen de infraestructura de estas características favoreciendo a su proceso motor. Por otro lado la Conferencia Argentina de Hockey (CAH), institución que maneja el hockey a nivel nacional, la cual prevé la realización de competencias, como así también clínicas y cursos con profesionales a fines de carácter nacional e internacional.

Lo mencionado anteriormente, amerita que el sector se refuerce para brindar tanto a equipos amateurs de programas barriales, del cual participan más de 150 centros vecinales como así también a miembros de Federación Cordobesa de Hockey Amateur un espacio de calidad para el desarrollo social y deportivo, que fomente la adhesión y fortalecimiento del mismo, promoviendo el desarrollo motor de los niños.

La obra objeto consta en el reemplazo de la Cancha de Fútbol existente por una Cancha de Hockey de Césped sintético para uso auxiliar de la Cancha Principal, Ubicada en la Reserva General San Martín, zona de uso intensivo según Figura 2. La superficie a intervenir, ocupa la superficie reglamentaria de una cancha preexistente de fútbol 11, las mismas son de 10.800 m2 siendo un rectángulo de 120 m de largo por 90 metros de ancho, la misma posee un uso regular recreativo, y una frecuencia promedio de 4 veces por semana…" (sic, fs. 55).

Al explicitar el "Uso" se expresa que "La instalación de esta nueva cancha de Hockey tiene el objetivo de que la misma funcione como "Auxiliar", por lo que estará destinada como espacio de entrenamiento y recreación y soporte de la cancha principal en los casos de que la misma quede fuera de funcionamiento.

En ese sentido, la afluencia de público principal continuará siendo similar al de la actual Cancha existente. En la actualidad la operación de este espacio convoca una afluencia de público no mayor a la capacidad de carga establecida en 2000 personas diarias, según normas de Seguridad e Higiene, la que se mantendrá posteriormente a la implementación de la nueva cancha auxiliar, ya que no se contemplan en este proyecto la incorporación de nuevas gradas, vestuarios ni sanitarios" (sic, fs. 58), esto último queda objetivamente desvirtuado por las readecuaciones posteriores llevadas a cabo por la propia Administración municipal.

Al enunciar la "Matriz de Impacto Ambiental" expresamente se reconoce que: "…El impacto principal proviene del contraste de verdes por orden sintético" y que "…El principal aspecto negativo corresponde a Ruidos, los que a su vez, se mantendrán en niveles actuales, ya que no se colocaran nuevos sistemas de propalación, no se incrementará la capacidad de carga, por lo que no genera un impacto mayor…" (fs. 59), esto también queda desvirtuado por el número de ventas de entradas de los espectáculos que se han de relacionar seguidamente.

6.5.- El Informe Técnico de fecha 12/12/2017 (fs. 68/70) de la Dirección de Evaluación de Impacto Ambiental de la Secretaría de Planeamiento e Infraestructura expresó que "…si bien se plantea que, una vez llevado a cabo el proyecto la afluencia de público no cambiará sustancialmente, la ocupación del espacio deberá respetar los lugares asignados según los usos previstos. Que se deberá tomar los resguardos para que las áreas de reserva y zona de protección se mantengan como tal. Que los espacios y usos que se generen desde la zona de uso intensivo no deben suponer riesgos o amenazas a zonas de amortiguación ni de

protección de la Reserva Natural Urbana General San Martín...” (fs. 69).

Si bien dicha área administrativa consideró factible la aprobación del proyecto, lo hizo de manera condicionada “para sostener cierto grado de desempeño ambiental” (fs. 69) y estableció que además del cumplimiento de la normativa que detalla (fs. 69 vta./70), que se deberá “Ejecutar las obras y/o acciones de mitigación ambiental necesarias, tanto las que surgieren en el transcurso de la ejecución como en la vida útil del emprendimiento, a los fines de garantizar condiciones ambientales de habitabilidad y conformar un ámbito urbano sustentable”.

Entre otros condicionamientos señaló: “Quedando condicionado a presentar una vez finalizadas las etapas constructivas, una memoria descriptiva que contenga imágenes de la recuperación del entorno inmediato” (fs. 69 vta.).

6.6.- La Resolución DIA N° 0001348 Serie “A” de fecha 14/12/2017 (fs. 71/72 vta.) de la Comisión de Ambiente de la Municipalidad de Córdoba resolvió aprobar el aviso de proyecto, pero de manera “condicionada” esto es, quedando sujeto al cumplimiento de las condiciones y normativas que dispone en su parte resolutiva, a saber:

“Artículo N° 1: Aprobar el aviso de proyecto del emprendimiento ‘Obras de reemplazo de chancha [sic] de futbol por cancha auxiliar de Hockey sintética’ presentado por la Subsecretaría de Deportes y Recreación de la Municipalidad de Córdoba por medio del Lic. Augusto J. Alonso Director de Deportes Institucional Federado - Subsecretaría de Deportes y Recreación y Responsable Técnico Ing. Civil Carlos Andrés Wendler - Director de Obras Viales de la Municipalidad de Córdoba, en cumplimiento de la Ordenanza N° 9847 y su Decreto Reglamentario N° 3312/10, a ejecutarse en el predio del Camping Municipal General San Martín —Zona de Uso Intensivo de la Reserva— calle Miguel Lillo s/n, B° Parque Chateau Carreras designación catastral 10-01-0001-038; 10-01-002-001 a 005; 10-01-003-001 a 013; 10-01-004-001, Ciudad de Córdoba, quedando sujeto al cumplimiento de las siguientes condiciones y normativas:

A) Ejecutar las obras y/o acciones de mitigación ambiental necesarias, tanto las que surgieren en el transcurso de la ejecución como en la vida útil del emprendimiento, a los fines de garantizar condiciones ambientales de habitabilidad y conformar un ámbito urbanístico sustentable.

B) Cumplir con las condiciones establecidas en las factibilidades y/o autorizaciones otorgadas por las áreas municipales, provinciales y concesionarias de servicios intervinientes.

C) Implementar buenas prácticas ambientales relacionadas en todas las etapas constructivas del emprendimiento, las cuales deberán garantizar la gestión ambiental de: Manejo de residuos sólidos, Manejo de efluentes líquidos y drenajes pluviales, Protección de cuerpos de agua, Manejo de combustibles, aceites y otros productos químicos, Control de emisiones atmosféricas, Control de ruidos, Protección del suelo, Prevención y control de los impactos visuales y Prevención y control de la afectación del medio biótico.

D) Una vez finalizadas las etapas constructivas debe presentar una memoria descriptiva que contenga imágenes de la recuperación del entorno inmediato.

E) Debe cumplir con la normativa, en especial la que a continuación se detalla:

I. Ordenanza N° 5203. Enrarecimiento del Aire...

II. Ordenanza N° 7104. Prohíbase la contaminación o degradación de los suelos, del agua, de la flora y de la fauna, y su Decreto Reglamentario N° 211-E-98...

III. Ordenanza N° 9612. Gestión de Residuos, desechos o desperdicios, y su Decreto Reglamentario N° 144-E 99 Gestión de Residuos No Convencionales.

IV. Ordenanza N° 10.311. Impedir la formación de larvas de mosquitos...

V. Ordenanza N° 10.926. Obligatoriedad de control de Vectores...

VI. Ordenanza N° 12.051. Establece implementar medidas de ahorro de agua...

VII. Ordenanza N° 12.208. Prohibición de causar o estimular ruidos innecesarios o excesivos.

VIII. Ordenanza N° 12.260. Regula daños y pasivos ambientales.

IX. Ordenanza N° 12.472. Arbolado Público Urbano.

X. Disposiciones vigentes en la materia, tanto en las normativas Municipales, como Provinciales y Nacionales.

Artículo N° 2: En caso del incumplimiento de cualquiera de las normas descriptas precedentemente y/o de las condiciones anteriores, la presente Autorización Ambiental quedará revocada de pleno derecho.

Artículo N° 3: En caso de producirse modificaciones en la propuesta, fundamentalmente los referidos a la duración de la obra, cambio de condiciones o responsables del trabajo a realizar, y/o se manifestase impacto severo o crítico sobre el ambiente deberá ser comunicado de inmediato a la Dirección de Evaluación de Impacto Ambiental, de corresponder suspender la actividad hasta determinar las causas que generan los mencionados impactos y hasta que estos sean corregidos.

Artículo N° 4: Emitir la presente Declaración de Impacto Ambiental al Proyecto "Obras de reemplazo de cancha de fútbol por cancha auxiliar de Hockey sintética" presentado por la Subsecretaría de Deportes y Recreación de la Municipalidad de Córdoba..." (fs. 70 y vta.).

6.7.- A fs. 89/94 obra copia del Convenio de uso de instalaciones entre la Subsecretaría de Deportes y Recreación de la Municipalidad de Córdoba y la Federación Amateur de Hockey Sobre Césped de fecha 02/12/2017, con vigencia hasta el cumplimiento de la garantía oficial de la empresa proveedora de la alfombra sintética de agua.

6.8.- A fs. 172/188 obra agregado el oficio producido el día 19/04/2018 por el Oficial de Justicia, con una serie de fotografías que avalan la descripción del estado de cosas dentro de la Reserva Natural Urbana.

6.9.- A fs. 674 obra agregada la nota suscripta por la Directora y Subdirectora de la Dirección de Programación y Gestión Ambiental de la Municipalidad de Córdoba, de fecha 29/10/2018, dirigida al Director de Deporte Sr. Emilio Comiso, mediante el cual se le informa que "...deberá cesar inmediatamente, la obras ejecutadas en el Camping General San Martín, específicamente de vestuarios debajo de las gradas de la Cancha de Hockey principal, en virtud de no estar contempladas en la DIA 001848 Serie "A"...".

6.10.- La Resolución DIA N° 001385 Serie "A" de fecha 09/01/2019 (fs. 501/504), dictada con motivo que: "...el presidente de la Confederación Argentina de Hockey, Miguel A. Grasso y el Director de Deporte Institucional Federado, dependiente de la Subsecretaría de Deporte y Recreación, el Lic. Augusto J. Alonso presentan Nota de fecha 27 de diciembre de 2018 en la que informan que: La ciudad de Córdoba será sede de la FIH Hockey pro league, la competencia se desarrollará los días 26-01 y el 1 y 3 de febrero. Con motivo de dar cumplimiento a las exigencias de la Federación Internacional de Hockey, es necesario ejecutar algunas readecuaciones a las instalaciones del Camping General San Martín específicamente vinculadas a la cancha de Hockey, por esta razón en cumplimiento del Artículo 3° de la DIA N° 1848/A/17, se remiten para su consideración las acciones previstas.

Que obra Memoria de las obras de recaudación permanentes, en las que consta: La obra de infraestructura de apoyo a la cancha de Hockey sintética de agua, en donde se utilizará la superficie cubierta de tribunas, utilizando el espacio bajo las mismas, hoy uso de estacionamiento vehicular, con dos vestuarios y áreas de gimnasio, baño para control de doping y sala de prensa, en la primera etapa y se reutilizará la zona de depósitos y talleres con vestuarios, sanitarios para árbitros y sala de depósitos en una segunda etapa. (Primera etapa: Vestuario para 20 personas: 56,26m2, Gimnasio: 41,85m2, Baño para control de doping: 1,36m2. Segunda etapa: 189,46m2)...".

Por esa causa, la Comisión de Ambiente resolvió:

"Artículo N° 1: Aprobar ambientalmente la Ampliación del Aviso de proyecto por "Obras de Readecuación de instalaciones auxiliares de Cancha de Hockey sintética" presentado por la Subsecretaría de Deportes y Recreación de la Municipalidad de Córdoba, por medio del Lic. Augusto J. Alonso, Director de Deportes Institucional Federado, en cumplimiento de la Ordenanza N° 9847/97 y su Decreto Reglamentario N° 3312/10, a ejecutarse en el predio del Camping Municipal General San Martín —Zona de Uso Intensivo de la Reserva Natural Urbana— calle Miguel Lillo s/n, B° Parque Chateau Carreras, designación catastral 10-01-001-038; 10-01-002-001 a 005; 10-01-003-001, Ciudad de Córdoba, quedando sujeto al cumplimiento de las siguientes condiciones y normativas:

A) Deberá designar ante la Dirección de Evaluación de Impacto Ambiental un responsable ambiental de la obra, quien informará a la Dirección de Programación y Gestión Ambiental el inicio y finalización de las obras, novedades, contingencias y/o medidas de mitigación implementadas en el término de 24 hs.

B) Estricto cumplimiento de lo solicitado por Informe de la Dirección de Gestión y Programación Ambiental y de las medidas de mitigación propuestas.

C) Ejecutar las obras y/o acciones de mitigación ambiental necesarias, tanto las que surgieren en el transcurso de la ejecución como en la vida útil del emprendimiento a los fines de garantizar condiciones ambientales sustentables.

D) Implementar buenas prácticas ambientales relacionadas en todas las etapas constructivas del emprendimiento, las cuales deberán garantizar la gestión ambiental de: Manejo de residuos sólidos, Manejo de efluentes líquidos y drenajes pluviales, Protección de

cuerpos de agua, Manejo de combustibles, aceites y otros productos químicos, Control de emisiones atmosféricas, Control de ruidos, Protección del suelo, Prevención y control de los impactos visuales y Prevención y control de la afectación del medio biótico. Estricto cumplimiento de lo dispuesto en la Res 342/17, Manual de Buenas Prácticas Ambientales de Obras.

E) Debe cumplir con la normativa en especial la que a continuación se detalla:

I. Ordenanza N° 5203. Enrarecimiento del Aire…

II. Ordenanza N° 7104. Prohíbase la contaminación o degradación de los suelos, del agua, de la flora y de la fauna, y su Decreto Reglamentario N° 211-E-98…

III. Ordenanza N° 9612. Gestión de Residuos, desechos o desperdicios, y su Decreto Reglamentario N° 144-E 99 Gestión de Residuos No Convencionales.

IV. Ordenanza N° 9612/97 y Ley Nacional 24.051 (Gestión de Residuos, desechos y desperdicios) y su Decreto Reglamentario N° 144-E-99 (Gestión de Residuos No Convencionales).

V. Ordenanza N° 12.648: Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos.

VI. Ordenanza N° 10.311 Impedir la formación de larvas mosquitos…

VII. Ordenanza N° 10.926 Obligatoriedad de Control de Vectores…

VIII. Ordenanza N° 12.051. Establece implementar medidas de ahorro de agua…

IX. Ordenanza N° 12.208. Prohibición de causar o estimular ruidos innecesarios o excesivos.

X. Ordenanza N° 12.260. Regula daños y pasivos ambientales.

XI. Ordenanza N° 12.472. Arbolado Público Urbano…

XII. Ordenanza N° 11.702 Creación de la Reserva Natural Urbana Parque San Martín y Decreto Reglamentario.

XIII. Disposiciones vigentes en la materia, tanto en las normativas Municipales, como Provinciales y Nacionales.

Artículo N° 2: En caso del incumplimiento de cualquiera de las normas descriptas precedentemente y/o de las condiciones anteriores, la presente Autorización Ambiental quedará revocada de pleno derecho.

Artículo N° 3: En caso de producirse modificaciones en la propuesta, fundamentalmente los referidos a la duración de la obra, cambio de condiciones o responsables del trabajo a realizar, y/o se manifestase impacto severo o crítico sobre el ambiente deberá ser comunicado de inmediato a la Dirección de Evaluación de Impacto Ambiental, de corresponder suspender la actividad hasta determinar las causas que generan los mencionados impactos y hasta que estos sean corregidos.

Artículo N° 4: Emitir la presente Declaración de Impacto Ambiental al proyecto "Obras de Readecuación de instalaciones auxiliares de cancha de Hockey sintética", presentado por la Subsecretaría de Deportes y Recreación de la Municipalidad de Córdoba, por medio del Lic. Augusto J. Alonso Directo de Deportes Institucional Federado, en cumplimiento de la Ordenanza N° 9847 y su Decreto Reglamentario N° 3312/10, a ejecutarse en el predio del Camping Municipal General San Martín —Zona de Uso Intensivo de la Reserva Natural Urbana— calle Miguel Lillo s/n, B° Parque Chateau Carreras, designación catastral 10-01-001-038; 10-01-002-001 a 005; 10-01-003-001 a 013; 10-01-004-001, Ciudad de Córdoba…" (fs. 501/504).

Las readecuaciones propuestas consistían en: "…obra de infraestructura de apoyo a la cancha de Hockey sintética de agua, en donde se utilizará la superficie cubierta de tribuna, utilizando el espacio bajo las mismas, hoy uso de estacionamiento vehicular, con dos vestuarios y áreas de gimnasio, baño para control de doping y sala de prensa, en la primera etapa y se reutilizará la zona de depósitos y talleres con vestuarios, sanitarios para árbitros y sala de depósitos en una segunda etapa (Primera etapa: Vestuario para 20 personas: 56,26 m2. Gimnasio: 41,85 m2. Baño para control de doping: 1,36 m2. Segunda etapa: 189,46 m2).

…Se instalarán 50 lámparas de 400 w reemplazando las actuales, lo que permitirá disminuir el consumo de luz, este tipo de luminaria difunde la luz de un punto a 30° sobre el piso, lo que permite que no se contamine lumínicamente el cielo.

Las obras de readecuación temporales son tribunas desmontables, soporte para transmisión en vivo y prensa (dos pantallas LED de 6x4m, plataformas para la transmisión de TV. Ingresará un móvil de transmisión de y una camioneta con antena satelital). Se contará con un generador insonorizado, para uso en caso de falla de la provisión de energía eléctrica. Se armarán dos carpas de 9x15m. En la zona gastronómica se ubicará 5 Food truck que utilizan garrafas a gas y po-

seen sistema de extractor, se instalarán 10 contenedores para la basura generada, en tribunas se instalará 1 carpa Estrella para otorgar sombra a la zona, se contará con 20 sanitarios portátiles.

El acceso vehicular estará restringido al público general permitiendo el ingreso solo de vehículos autorizados (300 unidades), para el público en general el estacionamiento se ubicará en el predio feriar Sector Pabellón Amarillo, donde podrán retirar o adquirir las entradas las cuales les darán acceso a colectivos tipo diferencial, que los trasladarán al ingreso del Camping (Se estima el ingreso de 10 unidades con una frecuencia cada 15 minutos). El día 26/01 ingresarán 4 colectivos trasladando a los planteles y seleccionados, el día 02/03 ingresarán 4 colectivos y el 03/2, 2 colectivos respectivamente.

Aprovechando la oportunidad como una instancia de Educación Ambiental y de compensación, se realizará difusión del área protegida como aula abierta y la plantación de 40 árboles nativos con equipos oficiales.

Los firmantes se comprometen a cumplir estrictamente el Manual de Buenas Prácticas como Plan de Gestión Ambiental establecido por Resolución 342/2017 de la Secretaría de Planeamiento e Infraestructura.

Que de folio 18 y 19 obra Informe Técnico favorable realizado por los profesionales del Área Técnica de la Dirección de Evaluación de Impacto Ambiental, de fecha 08/01/2019.

Que a folio 20 y 21 obra Informe técnico de la Dirección de Gestión y Programación Ambiental, Unidad de Manejo de la Reserva Natural Urbana, estableciendo condiciones".

Es muy importante destacar que, al tiempo de incorporar copia de esta resolución, la Municipalidad de Córdoba no agregó los Estudios de Impacto Ambiental que despejaran los impactos perjudiciales de las obras de readecuación (cfr. fs. 505/510). A pesar de haber sido emplazada para que agregue en particular el Expediente Administrativo N° 044103/2017 y todas las actuaciones que sirvieron de antecedentes al dictado de los actos administrativos ambientales (cfr. Dictamen N° 309/2019, fs. 648/659 vta. y decreto de fecha 04/07/2019, fs. 662), la demandada no lo hizo, adjuntando copias aisladas y fragmentadas y sin secuencia ordenada.

6.11.- La violación ostensible y manifiesta del "objeto" de creación de la Reserva Natural Urbana se encuentra debidamente acreditado con la construcción de una cancha de hockey de césped sintético sobre agua, que reemplazó a la de fútbol 11 sobre césped natural, más obras de infraestructuras todas destinadas exclusivamente a los fines deportivos a nivel internacional, provincial y local, mediante la realización de espectáculos deportivos contrarios a los usos permitidos y violatorios de las expresas prohibiciones y de los deberes de conservación natural.

Como expuso la Sra. Fiscal de Cámara en su Dictamen N° 485/2019 (fs. 738) las áreas naturales protegidas son áreas terrestres o marinas especialmente dedicadas a la protección y mantenimiento de la diversidad biológica y de los recursos naturales y culturales asociados, gestionadas mediante medios legales o efectivos de cualquier otro tipo (cfr. Lorenzetti, Ricardo, El paradigma ambiental, ps. 7/10, citado por Cafferatta, Néstor A. Director y otros, Derecho Ambiental. Dimensión Social, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2015, p. 541).

En consonancia con la normativa referenciada "En las áreas protegidas no puede permitirse ningún tipo de explotación o práctica de gestión que sea negativa o perjudique el ambiente. Debe ser conservada conforme a los objetivos para los cuales fue creada" (cfr. Cafferata, Néstor A., op. cit. p. 543).

6.12.- En el *sub lite*, la violación del objeto y fines de la Reserva Urbana Natural son patentes y ostensibles y se encuentra objetivada en toda la documentación ambiental producida por la amparista y por la Administración Municipal, que evidencia la clara contradicción con expresas normas municipales que permitían actividades recreativas de menor impacto ambiental.

7.- La ilegalidad y arbitrariedad manifiesta y la violación de los objetivos ambientales y de recreación en armonía con lo ambiental:

7.1.- Desde un enfoque de análisis ecosistémico, fundamentado en el objeto, fin y prohibiciones expresamente establecidas en la Ordenanza N° 11.702, asiste toda la razón en derecho, a la Asociación amparista cuando expresa que el paisaje resulta afectado negativamente por el reemplazo del césped natural, por sintético, tratándose de una Reserva Urbana Natural, lo que resulta claramente violatorio del art. 14 de la Ordenanza N° 11.702/2009 que prohíbe "c) Las actividades que modifiquen el paisaje o afecten el ambiente y sus elementos constitutivos, naturales y artificiales".

De todo ello se deriva que la arbitrariedad manifiesta surge de la violación —entre otros preceptos— de los art. 5 inc. c) y art. 14 incs. c), d) y ll).

7.2.- El lícito propósito que haya podido inspirar a las autoridades municipales de potenciar la enseñanza, el desarrollo y la práctica de la disciplina deportiva de Hockey sobre césped sintético, no podía ser localizada dentro de la Reserva Urbana Natural, por contrariar el orden jurídico vigente y positivamente vinculante para la Secretaria de Deporte.

El "impacto social positivo" que se pretendió desarrollar a partir de fomentar la práctica de hockey sobre césped, a nivel deportivo internacional, nacional, local y social, debe ser fomentado mediante la relocalización de la cancha necesaria para la práctica de ese deporte, si así lo estima la administración municipal.

7.3.- La ausencia de un fin compatible con el objeto para el cual fue creada la reserva surge palmaria de las propias manifestaciones públicas documentadas en el sitio oficial de la Municipalidad de Córdoba, el día 16/05/2018 en el sentido que "la incorporación de la nueva cancha de agua posibilitará ampliar el circuito de partidos internacionales y se prevé a futuro la puesta en marcha de un Centro de Desarrollo" (https://www.cordoba.gob.ar/2018/05/16/mestre-visito-la-obra-de-la-cancha-de-jockey-de-sintetico-de-agua/).

Ello es coincidente con lo expresado también en el sitio oficial, el día de la inauguración de la cancha de hockey de sintético de agua, donde se expresa: "Acá vamos a poder disfrutar de espectáculos deportivos de alto nivel y eso es bueno para las familias que vienen a disfrutar de esta actividad tan importante y de los deportistas no solo de la ciudad, sino de todo el país y, por qué no, del mundo" (https://www.cordoba.gob.ar/2018/05/31/mestre-estamos-felices-de-que-la-ciudad— tenga-este-nuevo-estadio-municipal-de-hockey/).

7.4.- El informe del Oficial de Justicia (cfr. fs. 564/565) sobre los partidos de los seleccionados argentino de hockey masculino "Los Leones" y femenino "Las Leonas" con Bélgica, da cuenta que en esa jornada no se encontraba ningún integrante de la Unidad de Manejo de la Reserva por estar de vacaciones, solo estaban presentes dos guardaparques y la Directora y Sub Directora de Programación y Gestión Ambiental de la Municipalidad y la encargada del camping.

Además, relevó que en el lugar había dos mil quinientas (2500) personas, número que corresponde al de las entradas que se vendieron.

Téngase presente —además— que la Municipalidad de Córdoba no ha incorporado a las actuaciones judiciales informe técnico alguno que demuestre la sustentabilidad ambiental de llevar adelante un evento deportivo con 300 vehículos estacionados y 2500 asistentes del público en general. En otras palabras, no se ha acreditado técnicamente la razonabilidad de los criterios técnico científicos ponderados por la Administración Municipal, los que se exhiben objetivamente contrarios a los fines de sustentabilidad ambiental que surgen de la Ordenanza N° 11.702/2009 y, en particular, de las expresas prohibiciones establecidas, entre otros preceptos, en el art. 5 inc. c) y en el art. 14 incs. d) y ll), en especial, este último que prohíbe en la totalidad de la reserva la realización de espectáculos públicos y actividades similares que concentren grandes cantidades de personas y vehículos, como así también el inc. d) que prohíbe las instalaciones, edificaciones y obras de infraestructura y de otra naturaleza que no respondan a los objetivos de protección y conservación de la Reserva Natural Urbana.

La información relevada por el Oficial de Justicia pone de manifiesto incontrovertidamente que, por más lícito desde un enfoque basado exclusivamente en una política pública de fomento social al hockey sobre césped sintético, y por más alto valor deportivo y de trascendencia internacional que hayan podido tener los encuentros de hockey sobre césped sintético, ellos no tienen vinculación directa con los "objetivos de protección y conservación de la Reserva".

Para el desarrollo de esta política pública, la Municipalidad de Córdoba no puede valerse de la Reserva Natural Urbana General San Martín por la simple y sencilla razón que su Ordenanza N° 11.702 de creación se lo prohíbe, y esta prohibición expresa una decisión de la soberanía popular concretada a través del legislador municipal, que asegurar la existencia de la Reserva a perpetuidad.

Por tal motivo, de mantenerse los objetivos impulsados por el área de Deportes de la Municipalidad, en su actual gestión de gobierno, para eventos de la envergadura de los realizados por la anterior gestión, deberá eventualmente relocalizar la cancha para uso profesional, pero en lo que a esta acción de amparo ambiental corresponde, debe dar inmediatez al deber de volver las cosas a su estado anterior que, en este decisorio se ordena.

Convertir a la Reserva Natural Urbana en la Zona de Uso Intensivo en un "Estadio de Hockey de césped sintético sobre agua" es contrario a las normas relacionadas de la Ordenanza N° 11.702/2009 y a la normativa ambiental municipal relacionada a lo largo de esta sentencia, como así también, a las normas de presupuestos mínimos nacional y provincial que se señalarán en las siguientes consideraciones.

7.5.- En este sentido, es destacable cómo la amparista denunció cada uno de los eventos deportivos

llevados a cabo, transgrediendo las prohibiciones de realización de espectáculos públicos, a saber:

a) La inauguración del Estadio Municipal de Hockey de césped sintético de agua, llevado a cabo los días 31/05/2018 en el marco del Campeonato Nacional de Hockey Sub 18, que se extendió hasta el 03/06/2018 (fs. 210/219 vta.).

b) La eliminación de los árboles que rodean la cancha de hockey realizada el día 27/09/2018 (fs. 347/349 vta.) por la única razón de estar infectadas con pulgón.

c) El Campeonato de Hockey femenino de Córdoba, que fue un show con tambores, batucadas en octubre de 2018 (fs. 356/363).

d) El partido realizado el 20/10/2018 a las 20 horas con convocatoria de gran cantidad de personas y vehículos; partidos entre el Tala Rugby Club y el Jockey Villa María realizado el día sábado 27/10/2018; modificación del sitio ubicado debajo de la tribuna (fs. 388/396 vta.). La Municipalidad de Córdoba reconoció que los vehículos no superaron los seiscientos y que los ruidos en exceso y humo por parte de la hinchada fue debidamente sancionada (fs. 427/429 vta.).

e) El nuevo hecho denunciado por la amparista a fs. 623/624 sobre la utilización periódica nocturna de la cancha de hockey.

d) El día 24/01/2019 (fs. 524 y vta.), la parte actora solicitó al Tribunal de feria que verifique las circunstancias en que se desarrollaría el partido de hockey de las selecciones de Argentina y Bélgica el 26/01/2019.

Todos estos eventos son suficientemente elocuentes y demostrativos que la Administración Municipal priorizó fines deportivos por sobre el uso sustentable de la reserva en su Zona de Uso Intensivo.

Además, para interpretar el sentido y alcance de la prohibición contenida en el art. 14 inc. ll) de la Ordenanza N° 11.702, es dable acudir a la definición contenida en el art. 1 de la Ordenanza N° 11.684 que establece: "Art. 1°.- A los efectos del presente Código se considera "Espectáculo Público" a toda reunión, función, representación o acto social, deportivo o de cualquier género, que tiene como objetivo el entretenimiento y que se efectúa en lugares donde el público tiene acceso, sean estos abiertos o cerrados, públicos o privados, se cobre o no entrada y/o derecho de espectáculo". No hay margen de dudas que cada uno de los eventos deportivos de hockey realizados por la Municipalidad de Córdoba dentro de la Reserva Natural Urbana, son una clara transgresión a la prohibición de desarrollar ese tipo de actividad deportiva.

8.- Violación del principio del debido proceso legal ambiental: la omisión de un Estudio de Impacto Ambiental previo y fundado y de la audiencia pública:

8.1.- Como bien lo puso de resalto la Sra. Fiscal de Cámara en su Dictamen N° 309 de fecha 29/06/2019 (fs. 657 vta./658) "...no consta informe de la Autoridad de aplicación de la Ordenanza N° 11.702 (Secretaría de Ambiente Sustentable o la que en el futuro la reemplace —art. 8—; en la actualidad: la Subsecretaría de Ambiente Municipal —vid T. S.J. Secretaría de Feria, Auto N° 1/2019—, Considerando III), sino un Informe Nota N° 004 del 25/01/2019 de la Dirección de Programación y Gestión Ambiental dirigida al Sr. Subsecretario de Ambiente, en la que —sin fundamento técnico alguno— se estima como capacidad de carga de la reserva "2.500 personas y 300 vehículos", mediante la simple y sola remisión a lo dispuesto por Resolución N° 1385/2019 (cfr. fs. 576)...", lo cual contradice sus actos propios anteriores que aprobaron actuaciones que señalaban que no se aumentaría la capacidad de carga de 2000 personas (cfr. fs. 58).

Tampoco la Municipalidad de Córdoba incorporó como prueba a este proceso, las actuaciones administrativas que sirvieron de antecedentes a los actos administrativos en los cuales pretende justificar la legalidad de actuación (Resoluciones DIA N° 001848 Serie "A" del 14/12/2017 y 001385 Serie "A" del 19/01/2019).

Tal omisión adquiere particular relevancia jurídica para la resolución del caso, toda vez que, la prueba omitida es precisamente los Estudios de Impacto Ambiental que hubieran integrado a cada uno de los avisos de proyecto.

8.2.- Con todo acierto asevera la Sra. Fiscal de Cámara en su Dictamen N° 485/2019 (fs. 741) que "...no es posible considerar el informe técnico obrante a fs. 68/70 como el estudio de impacto ambiental, toda vez que este último se encuentra definido expresamente en el artículo 3 de la Ordenanza N° 9847 "c) Estudios e Informes de EIA: Documentos mediante los cuales el responsable o titular de un proyecto debe dar a conocer, con distintos niveles de profundización según las características y escalas del mismo, el impacto ambiental significativo, actual y potencial que genera la obra o actividad, y la forma de evitarlo o mitigarlo, en su caso. Al igual que el Aviso de Proyecto son a cargo del proponente, tienen el carácter de Declaración Jurada y deben estar suscritos por profesionales o centros de investigación habilitados de conformidad a lo establecido en la presente. Según la importancia del proyecto y sus aspectos esenciales, se distinguen los siguientes tres tipos: Estudio o Manifestación de Impacto Ambiental. Informa de Impacto Ambiental. Informe Medioambiental", énfasis agregado.

Claramente el informe técnico previo a la Resolución N° 001348/2017 "Declaración de Impacto Ambiental" no reúne los requisitos detallados en el artículo 3 de la ordenanza.

El "estudio de impacto ambiental" tampoco puede ser confundido con la evaluación sumaria del posible impacto en el ambiente del proyecto o actividad y las posibles acciones para mitigarlo, que debe contener el "Aviso de Proyecto", ya que el mismo artículo 3 distingue claramente este último del EIA (estudio de impacto ambiental). Las mismas consideraciones expuestas resultan aplicables a la Resolución DIA N° 1385/2019 de las obras de readecuación, más allá de que no haya sido acompañado el expediente administrativo, del contenido de la mencionada resolución surge que el procedimiento seguido fue el mismo que se implementó en el caso de la Resolución N° 001348/2017...".

Tal proceder administrativo, que de conformidad al art. 8 de la Ordenanza N° 9847 debió ser "previo" al dictado de los actos de aprobación ambiental, no se ajusta a la normativa vinculante para la protección y conservación de la reserva natural.

8.3.- Con respecto a la omisión de realización de las audiencias públicas, cabe señalar que el art. 23 de la Ordenanza N° 9847 establece: "En aquellos proyectos o actividades que tengan, o puedan tener, alta incidencia en el ambiente natural y social, y dentro de los quince días siguientes a la presentación en forma del Estudio o Manifestación de Impacto Ambiental, el Consejo Municipal del Ambiente deberá efectuar una Audiencia Pública, convocando a las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, potencialmente afectadas por la realización del proyecto o actividad, a las organizaciones no gubernamentales interesadas en la conservación del ambiente y sus recursos, y a otras entidades relacionadas con la propuesta". Ello también es de relevancia jurídica para la resolución de esta acción, si se tiene en cuenta que, tal como está probado a partir de las declaraciones de la Bióloga L. M. A. (fs. 199 y vta.) "...jamás se han realizado los estudios de la capacidad de carga de la Reserva, es decir la capacidad de albergar personas y vehículos, sin sufrir deterioros".

Estos datos, están ausentes en el aviso de proyecto obrante en el Expediente N° 044103/2017 y en la Resolución N° 1348 Serie "A" de la Comisión de ambiente.

Ningún dato cuantitativo ni cualitativo sobre la capacidad de carga y de vehículos específicamente referida a eventos deportivos de gran magnitud de concurrencia de público en general, contienen las actuaciones administrativas agregadas a esta causa. Tal como surge de la propaganda oficial tomada del sitio web oficial de la Municipalidad de Córdoba (fs. 210), también se inauguró una tribuna para mil (1000) personas y nada de esta instalación ha sido avalada por el estudio de impacto ambiental de aviso de proyecto.

8.4.- Las actuaciones incorporadas a esta causa por ambas partes, son demostrativas de la violación del principio del debido proceso ambiental tanto por la omisión de realizar un Estudio de Impacto Ambiental previo y fundado, no condicionado, cuanto por la omisión de la audiencia pública, más cuando se estaba imponiendo un cambio de uso de suelo de la reserva, con un significativo apartamiento de los fines ambientales de conservación, protección y no degradación a perpetuidad. Estas omisiones, como se ha de analizar seguidamente, vulneran —además— los presupuestos mínimos ambientales que son normas y principios jurídicamente vinculantes para la Administración Municipal.

9.- Violación de los presupuestos mínimos ambientales:

9.1.- La Ley Nacional 25.675 General del Ambiente 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.

9.2.- Como ha expresado el T. S.J. en pleno, en el Auto N° 41 de fecha 10/06/2019 "Club de Derecho (Fundación Club de Derecho Argentina) c. Colegio de Abogados de Córdoba - recurso de casación" (Expte. N° 6.296.897), el Congreso sancionó la Ley N° 25.675 General del Ambiente (LGA), que establece los presupuestos mínimos que toda disposición normativa que en cualquier nivel estatal se dicte debe contener o, al menos, no puede omitir. Esto, de manera que haya "una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional" (art. 6). Por esta razón y en virtud del denominado principio de congruencia "la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijados" (art. 4). Por esta vía, a través de la activa participación y concertación interestatal, deben tenderse las vigas maestras protectoras del ambiente en la Argentina.

El mencionado principio de congruencia tiene impacto en el sistema normativo en un doble sentido: "1. Se establece un mínimo inderogable que constituye un orden público ambiental, que actúa como norma limitadora del proceso legislativo público y de la autodeterminación en el campo de la contratación privada. 2. Adopta el principio de precedencia lógica del principio protectorio ambiental, de modo que, en caso de conflicto, prevalecen los principios y reglas

protectorias del ambiente" (Lorenzetti, Ricardo Luis; "El rol del Poder Judicial en la cuestión ambiental", en Revista de Derecho Ambiental, LA LEY, Buenos Aires, 46, 08/06/2016, N° 5, punto IV del artículo).

Si la Ley 25.675 General del Ambiente puede ser asimilada a la legislación de fondo, que el Congreso dicta en otras materias (art. 75, inc. 12, C.N.), entonces, los presupuestos mínimos ambientales son vinculantes "para todo el territorio nacional", dado que "el Poder Legislativo federal ha interpretado correctamente el art. 41 de la Constitución Nacional en el sentido de que esa norma dispone una atribución reglamentaria que le ha sido delegada" (Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 5ª ed. ampl. y actual., LA LEY, Buenos Aires, 2018, T. I, p. 744).

En virtud del desarrollo sustentable que declara el art. 41 de la CN, en la Argentina se puede hablar del compromiso constitucional asumido en pos de la efectiva vigencia de un "estado de derecho ambiental" (Lorenzetti, Ricardo Luis, "El rol del Poder Judicial en la cuestión ambiental", en Revista de Derecho Ambiental, LA LEY, Buenos Aires, N° 46, op. cit., punto III del artículo). En esa misma línea, se postula que, en virtud de esas vigas maestras tendidas a través de los presupuestos mínimos, que no se pueden perforar pero sí elevar, la Nación se proyecta como una "vinculación intergeneracional respetuosa y responsable", lo que supone "evitar contraer en el presente una 'deuda ambiental' que deba ser soportada o sufrida por el porvenir" (Rosatti, Horacio, Tratado de derecho constitucional, 2ª ed. ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, T. I, p. 525).

En consonancia con la Ley N° 25.675, Córdoba sancionó la Ley N° 10.208 de Política Ambiental, que es complementaria de los pisos mínimos que establece la anterior y que también enfatiza debidamente la conexión entre ambiente y titularidad colectiva, a los fines de prevenir o reparar cualquier daño a un bien jurídico de carácter colectivo o transindividual.

Las precisiones efectuadas ponen de manifiesto el amplio abanico protectorio que la legislación (entendida como un bloque coherente, integrado y comprensivo de fuentes de diversa jerarquía y origen, federal, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) acuerda al ambiente, en tanto condición imprescindible para la vida, la salud y el desarrollo humano.

9.3.- La CSJN en el fallo del día 02/07/2019 Fallos: 342:1061 "Telefónica Móviles Argentina SA - Telefónica Argentina SA c. Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad" ha explicitado que el art. 41 de la CN diseña un tipo de complementación en función de la cual corresponde al Estado Nacional la regulación del "nivel básico", es decir, la reglamentación de los contenidos fundamentales en la materia, respecto de los cuales tiene una competencia insustituible. Por su lado, la regulación del nivel complementario se encuentra a cargo de las autoridades locales, a quienes corresponde reconocer la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido (Fallos: 318:992; 329:2212 y 330:549).

Agrega la Corte Suprema que "...este esquema incluye a los municipios, quienes —al interior de las provincias— ejercen primariamente la regulación y control de las cuestiones ambientales (artículos 5, 41, 123, Constitución Nacional, arg. doct. Fallos: 318:992).

Ahora bien, el ejercicio de esa competencia municipal —que surge de su reconocimiento como institución fundamental dentro del concierto federal de la República— reconoce límites precisos, a saber:

i) La vigencia "directa" de las leyes del Congreso Nacional que establezcan los presupuestos mínimos de protección; específicamente los previstos en la ley 25.675;

ii) Lo dispuesto por la Constitución y las leyes provinciales en lo referente a cuestiones ambientales de escala supramunicipal o a aquellas que —aunque "locales" en el sentido de comprendidas en la jurisdicción municipal— se consideren estratégicas;

iii) Los límites que surgen de la capacidad técnica y económica para asumir y resolver problemas ambientales complejos o de resolución sofisticada o costosa". 9.4.- Con la proyección de tales conceptos, el art. 2 de la Ley 25.675 al referirse a la política ambiental nacional, establece que deberá cumplir los siguientes objetivos: "a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria; c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión (...) f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica (...) 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".

El art. 16 ib. prevé que 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 y que todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada.

Al reglar sobre la "Participación Ciudadana" la Ley 25.675 reconoce que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general (art. 19).

Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente.

La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que estas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública (art. 20).

En tanto que, el art. 21 ib. declara que la participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados.

El principio de participación ha sido fuertemente fortalecido por la Declaración de Río de 1992 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, cuando en el artículo 10, destaca la trascendencia de la participación pública en materia medioambiental al decir que "el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda..." (Pallarès Serrano, Anna, "La participación pública en el proceso de elaboración de planes y programas en materia de medio ambiente", Revista de Administración Pública, N° 176, Madrid, mayo-agosto (2008), ps. 331-361).

9.5.- Todos estos preceptos adquieren singular relevancia y efecto jurídico positivamente vinculante para analizar si la actividad desarrollada por la Administración Municipal es legítima, máxime cuando la amparista es, precisamente, quien trabajó activa y colaborativamente para la preservación de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín, de alto valor ecosistémico ambiental, en lo que está fuera de toda discusión, constituye el "último relicto de bosque nativo" del ejido de la ciudad de Córdoba, con el fin de asegurar la variedad de especies de flora y fauna, como un patrimonio ambiental de toda la Provincia.

9.6.- Del mismo modo, la Ley Nacional N° 26.331 sobre presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos, y de los servicios ambientales que estos brindan a la sociedad, también consagra principios generales que son vinculantes para establecer la preferente tutela jurídica ambiental que protege a los bosques nativos existentes en todo el territorio nacional.

Cabe recordar que por "bosques nativos" la ley comprende a los ecosistemas forestales naturales compuestos predominantemente por especies arbóreas nativas maduras, con diversas especies de flora y fauna asociadas, en conjunto con el medio que las rodea —suelo, subsuelo, atmósfera, clima, recursos hídricos—, conformando una trama interdependiente con características propias y múltiples funciones, que en su estado natural le otorgan al sistema una condición de equilibrio dinámico y que brinda diversos servicios ambientales a la sociedad, además de los diversos recursos naturales con posibilidad de utilización económica.

Se encuentran comprendidos en la definición tanto los bosques nativos de origen primario, donde no intervino el hombre, como aquellos de origen secundario formados luego de un desmonte, así como aquellos resultantes de una recomposición o restauración voluntarias (art. 2).

El art. 3 ib. al enumerar los objetivosde esta ley señala los siguientes:

"a) Promover la conservación mediante el Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos y la regulación de la expansión de la frontera agropecuaria y de cualquier otro cambio de uso del suelo;

b) Implementar las medidas necesarias para regular y controlar la disminución de la superficie de bosques nativos existentes, tendiendo a lograr una superficie perdurable en el tiempo;

c) Mejorar y mantener los procesos ecológicos y culturales en los bosques nativos que beneficien a la sociedad;

d) Hacer prevalecer los principios precautorio y preventivo, manteniendo bosques nativos cuyos beneficios ambientales o los daños ambientales que su ausencia generase, aún no puedan demostrarse con las técnicas disponibles en la actualidad;

e) Fomentar las actividades de enriquecimiento, conservación, restauración mejoramiento y manejo sostenible de los bosques nativos".

9.7.- La construcción de la pista de Hockey de césped sintético, está acreditado en autos, provocó la eliminación de especies arbóreas del perímetro de la cancha (cfr. fs. 347/348 y 403), frente a lo cual la representante de la Municipalidad de Córdoba —Dra. Jorgelina Israilevich— manifestó que la extracción de las especies arbóreas "...es ajena a la presente litis" (cfr. fs. 354 y vta.), cuando la extracción de esas especies formó parte de las intervenciones realizadas para la construcción de la chancha de hockey que la amparista denuncia como contraria al objeto de la reserva.

Este hecho está expresamente reconocido por el Subsecretario de Ambiente de la Municipalidad de Córdoba al aseverar que "...esta Subsecretaría de Ambiente informa que ha tenido intervención en la autorización para la extracción de dos ejemplares de Ciprés Horizontal (Cipressus Horizontalis) y Ciprés Piramidal (Cipressus Piramidalis) del Camping Municipal en razón de haberse efectuado una inspección y constatado que se trataba de ejemplares de entre 4 y 8-9 metros de altura y 0,20 a 0,35 metros de diámetro de fuste, que presentaban algún ataque de pulgón que ocasionaba alta producción de resina que se desprendía de los mismos" (cfr. fs. 371), lo que es claramente demostrativo de la falta de análisis suficiente del impacto ambiental que tuvo la construcción de la referida instalación, como así también es fácil corroborar que dichas aseveraciones no se encuentran relacionadas a informe técnico alguno que diagnostique la presencia del "pulgón" y, además, está probado que fueron al menos nueve especies y no dos las eliminadas como se alude en ese informe. Como puso de relieve la Sra. Fiscal de Cámara en su Dictamen N° 309 de fecha 27/06/2019 (fs. 658/659) "...si bien —a raíz del hecho nuevo denunciado por la parte actora con fecha 27/09/2018— consta en autos informe de fecha 12/10/2018 sobre la extracción de árboles en las inmediaciones de la cancha de hockey, en el que la Subsecretaría de Ambiente expresa que tuvo intervención en la autorización para la extracción de dos ejemplares de Ciprés Horizontal y Ciprés Piramidal [en realidad fueron nueve cfr. fs. 685] ubicados en el camping municipal, en razón de haberse constatado que presentaban ataque de pulgón, que ocasionaba alta producción de resina, por lo que su remoción resultaba necesaria (cfr. informe de fecha 12/10/2018, fs. 371/372), no se han glosado a autos dichas actuaciones que dan cuenta de la citada intervención previa, que dio sustento a tal decisión...".

Tampoco está fundamentada normativamente la aseveración de ese funcionario cuando expresa que "el objetivo de la RNU, es conservar las muestras de bosque Chaqueño y espinal, por lo que su remoción resulta necesaria" (cfr. fs. 371), cuando la legislación de bosque nativo protege la conservación de la flora y fauna nativay exótica.

La falta de concordancia entre esas expresiones y la normativa ambiental, es demostrativa de la arbitrariedad manifiesta que denunció la Asociación amparista. La eliminación de las especies también está reconocida por la representante de la Municipalidad de Córdoba cuando a fs. 436 afirma que "...Los árboles removidos fueron remplazados por especies sanas", afirmación que demuestra el acierto de la alegación de la Asociación amparista cuando asevera que, si tales especies estaban afectadas de pulgón, el comportamiento a seguir era en primer lugar combatirlo mediante el tratamiento adecuado, y no eliminar la flora arbórea existente y reemplazarla por "especies sanas".

Dado que la Reserva se integra al sistema nacional de bosques nativos, para llevar adelante esa acción de degradación se debió presentar el estudio de impacto ambiental regulado en los arts. 22 y siguientes de la Ley N° 26.331 que ponen en cabeza de la autoridad de aplicación de cada jurisdicción, someter el pedido de autorización a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental previo.

En los casos de bosques nativos que hayan sido afectados por incendios o por otros eventos naturales o antrópicos que los hubieren degradado, corresponde a la autoridad de aplicación de la jurisdicción respectiva la realización de tareas para su recuperación y restauración, manteniendo la categoría de clasificación que se hubiere definido en el ordenamiento territorial (art. 40).

Téngase presente que la Municipalidad de Córdoba tampoco ha acreditado en este proceso, o al menos no ha agregado información técnica alguna a estas actuaciones judiciales, que justificaran "científicamente" la prevalencia del criterio técnico de eliminación de los árboles, antes que su conservación utilizando un tratamiento contra el pulgón, y tampoco ha acreditado que hubiere puesto previamente en conocimiento de la Comisión de Ambiente, la necesidad de eliminar los árboles en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 3 de la Resolución DIA N° 1348 de fecha 14/12/2017 Serie "A" (fs. 71/72 vta.).

9.8.- La Ley 6964 (BO 22/08/1983) "Régimen conservación de áreas naturales y creación del servicio provincial de áreas naturales" tiene por objeto establecer las normas que regirán las áreas naturales provinciales y sus ambientes silvestres. Establece que los ambientes naturales y sus recursos, constituyen un patrimonio natural de fundamental valor cultural e

importancia socioeconómica, por lo que se declara de interés público su conservación (art. 3).

Entre sus objetivos generales se enumera el siguiente: "Conservar en el estado más natural posible, ambientes o muestras de sistemas ecológicos, para contribuir al mantenimiento de la diversidad biológica, asegurar la existencia de reservorios genéticos, y disponer de permanentes patrones de referencia respecto de los ambientes modificados por el hombre" (art. 5 inc. d).

9.9.- La Ley 7343 (BO 27/09/1985) sobre "Principios rectores para la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente", tiene por objeto la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente en todo el territorio de la Provincia de Córdoba, para lograr y mantener una óptima calidad de vida.

Su art. 3 define que la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente comprende: "Inc. c) La creación, protección, defensa y mantenimiento de áreas y monumentos naturales, refugios de vida silvestre, reservas forestales, faunísticas y de uso múltiple, cuencas hídricas protegidas, áreas verdes de asentamientos humanos y/o cualquier otro espacio que conteniendo suelos y/o masas de agua con flora y fauna nativas, seminativas o exóticas y/o estructuras geológicas, elementos culturales o paisajes, merezca ser sujeto a un régimen de especial gestión. Inc. d) La prohibición y/o corrección de actividades degradantes o susceptibles de degradar el ambiente...".

Define al "Ambiente Natural" como el conjunto de áreas naturales y sus elementos constitutivos dedicados a usos no urbanos ni agropecuarios del suelo, que incluyen como rasgo fisonómico dominante la presencia de bosques, pastizales, bañados, lagos, ríos, arroyos y cualquier otro tipo de formación ecológica inexplotada o escasamente explotada; por extensión y con los agregados que corresponden constituye un ecosistema natural (art. 4 inc. c).

El art. 6 ib. declara que deberá evitarse la desaparición de los ecosistemas terrestres y acuáticos que caracterizan ecológicamente a la Provincia de Córdoba, debiendo en todos y cada uno de los casos, preservarse áreas que aseguren sus respectivas capacidades de automantenimiento y autoperpetuación.

También prohíbe el desarrollo de todo tipo de acciones, actividades u obras que degraden o sean susceptibles de degradar en forma irreversible, corregible o incipiente a los individuos y las poblaciones de la fauna. En todo lo referente a fauna será de estricta aplicación la Ley Nacional N° 22.421 (art. 36).

Las personas, sean estas públicas o privadas responsables de obras y/o acciones que degraden o sean susceptibles de degradar el ambiente, quedan obligadas a presentar, conforme el reglamento respectivo, un estudio e informe de evaluación de impacto ambiental en todas las etapas de desarrollo de cada proyecto (art. 49).

Considera actividades degradantes o susceptibles de degradar el ambiente (art. 52):

"Inc. a) Las que contaminan directa o indirectamente el suelo, agua, aire, flora, fauna, paisaje, y otros componentes tanto naturales como culturales del ecosistema. Inc. b) Las que modifiquen la topografía. Inc. c) Las que alteren o destruyan directa o indirectamente, parcial o totalmente, individuos y poblaciones de la flora y fauna...".

9.10.- La Ley N° 9814 (BO 10/08/2010), establece el ordenamiento territorial de bosques nativos de la Provincia de Córdoba, incluidos sus frutos y productos, con el objeto de hacer prevalecer principios preventivos de Ley Nacional N° 25.675 general del ambiente y de la Ley Nacional N° 26.331, de protección ambiental de los bosques nativos.

El ejercicio de los derechos sobre los bosques nativos de propiedad privada o pública, sus frutos y productos quedan sometidos al régimen de esta ley.

Como parte de los objetivos del Programa para el Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos dispone: "Brindar a las municipalidades y comunas de la Provincia de Córdoba en cuya jurisdicción se encontraran bosques nativos, capacidades técnicas para formular, monitorear, fiscalizar y evaluar planes municipales y comunales de manejo sostenible y aprovechamiento sustentable de los bosques nativos existentes en su territorio" (art. 20 inc. f).

9.11.- La Ley 10.208 (BO 27/06/2014) de Política Ambiental de la Provincia de Córdoba, determina que, en ejercicio de las competencias establecidas en el artículo 41 de la Constitución Nacional, sus preceptos complementan los presupuestos mínimos establecidos en la Ley Nacional N° 25.675 —General del Ambiente—, para la gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable que promueva una adecuada convivencia de los habitantes con su entorno en el territorio de la Provincia de Córdoba.

El art. 5 prevé que el diseño, formulación y aplicación de las políticas ambientales deben asegurar la efectiva aplicación de las siguientes premisas:

"...f) La protección y el uso sostenible de la diversidad biológica, los procesos ecológicos que la mantienen, así como los bienes y servicios ambientales que proporcionan. Ninguna consideración o circunstancia puede legitimar o excusar acciones que pudieran amenazar o generar riesgo de extinción a cualquier especie, subespecie o variedad de flora o fauna ni generar erosión de los recursos genéticos, así como a la fragmentación y reducción de ecosistemas.

...i) La promoción efectiva de la educación ambiental, de la participación ciudadana y de una ciudadanía ambientalmente responsable".

A los fines de alcanzar los objetivos establecidos en esta Ley, los organismos públicos provinciales, municipales y comunales integrarán en sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental de acuerdo a lo establecido en la Ley Nacional N° 25.675 —General del Ambiente—, en la Ley N° 7343 —Principios Rectores para la Preservación, Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente— y en esta normativa (art. 6).

Dentro de los instrumentos de política y gestión ambiental, se prevén los "Planes de Gestión Ambiental" que son los instrumentos de gestión ambiental continuos en el tiempo. Permiten y orientan la gestión ambiental de los actores que impactan en el ambiente con el propósito de que los procesos de desarrollo propendan a la sostenibilidad en el territorio provincial (art. 42).

El art. 49 ib. regula la "Auditoría Ambiental", como un instrumento de gestión que consiste en un proceso de revisión sistemático, documentado y objetivo de una actividad o acción determinada que apunta a identificar, evaluar, corregir y controlar el potencial o real deterioro ambiental, facilitando la comunicación e información tanto por parte de los organismos públicos como de la opinión pública en general.

"Sus objetivos son la evaluación del grado de cumplimiento ambiental y de las normativas vigentes de esas actividades o acciones, los incidentes, las condiciones y los sistemas de gestión ambiental adoptados y de la información sobre esos temas. Las Auditorías Ambientales de Cumplimiento se realizan por la Autoridad de Aplicación. Las Auditorías Ambientales del Plan de Gestión Ambiental son instrumentos complementarios e integrantes de dicho plan y serán exigidas al proponente y controladas por la Autoridad de Aplicación. La Autoridad de Aplicación podrá exigir a los responsables Auditorías Ambientales para ayudar a evaluar el cumplimiento del marco normativo ambiental" (énfasis agregado).

El art. 71 ib. regula, de acuerdo al artículo 43 de la Constitución Nacional, el procedimiento para el ejercicio del amparo en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente y dispone que:

"El amparo ambiental procede cuando se entable en relación con la protección y defensa del ambiente y la biodiversidad, preservando de las depredaciones, alteraciones o explotación irracional, el suelo y sus frutos, la flora, la fauna, los recursos minerales, el aire, las aguas y los recursos naturales en general, comprendiendo cualquier tipo de contaminación o polución que afecte, altere o ponga en riesgo los recursos naturales, la salud y la calidad de vida humana y no humana". Como sujetos pasivos, el art. 73 indica que quedan comprendidas, además, las reparticiones del Estado Nacional, Provincial, Municipaly Comunal cuando en el otorgamiento de autorizaciones para el funcionamiento de la actividad privada o en el cumplimiento de los controles previstos por la legislación vigente obraren con manifiesta insuficiencia o ineficacia para la protección y defensa de los intereses difusos y derechos colectivos.

El Poder Ejecutivo Provincial y sus diferentes áreas ministeriales, así como los municipios y comunas, deben elaborar sus respectivos diagnósticos en el área competente (arts. 87 y 88).

10.- Inobservancia del principio de complementariedad de la normativa ambiental:

10.1.- En virtud de toda la normativa señalada, si por caso se admitiera la potestad de la Municipalidad de Córdoba de aprobar la instalación de un "Estadio de Hockey" para su uso deportivo, entre otros, con las Confederaciones y Federaciones, profesionales y amateur, de hockey masculino y femenino, quedaría palmariamente expuesto un supuesto de inobservancia o violación del principio de complementariedad de la normativa municipal con respecto a la nacional y provincial, pues se estaría admitiendo que los actos administrativos ambientales de la Municipalidad de Córdoba, estarían motivados en normas municipales "no complementarias" de los presupuestos mínimos consagrados por el art. 41 de la CN y reglamentados por la Ley 25.675 (Esain, José Alberto, "El control de complementariedad", LA LEY, 04/04/2019, p. 1 y ss.).

De allí que es operativo el principio de complementariedad para resolver esta acción de amparo, por cuanto su teleología hace primar la Ley 25.675 y la Ley 10.208 de presupuestos mínimos cuando las normas y los actos administrativos ambientales de la jurisdicción municipal, perforan los pisos mínimos de conservación y sostenibilidad ambiental.

10.2.- El test de complementariedad aplicado a la actividad municipal cuestionada por la amparista, da como resultado objetivo y tangible una clara contradicción entre los presupuestos mínimos ambientales y la autorización emitida sin contar con un estudio de impacto ambiental debidamente fundamentado, que no podía ser condicionado, y sin haber realizado las audiencias públicas que exigía tal cambio de uso del suelo de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín.

11.- Inobservancia del principio de congruencia:

11.1.- La Ley 25.675 General del Ambiente, al establecer los "Principios de la política ambiental", en el art. 4 consagra 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:

Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, esta prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga". En complementación y armonía con la ley nacional, la Ley N° 10.208, en su art. 4 declara que: "La ejecución de la política ambiental provincial garantizará para su desarrollo el cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Ley Nacional N° 25.675 —General del Ambiente— y sus presupuestos mínimos, tales como:

a) Principio de congruencia: la legislación provincial, municipal y comunal referida a lo ambiental debe ser adecuada a los principios y normas fijados en la Ley Nacional N° 25.675 —General del Ambiente—; en caso de que así no fuere, esta prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga...".

11.2.- La operatividad de este principio en el caso concreto significa que la construcción del "Estadio Municipal de Hockey "Dr. Ramón Bautista Mestre", con cancha de césped sintético de agua, tablero eléctrico, tribuna para más de mil (1000) espectadores, sistema de iluminación de ocho torres y todas y cada una de la acciones e intervenciones realizadas al uso del suelo en la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín, violan los presupuestos mínimos ambientales garantizados por la normativa nacional y provincial, la que debió ser interpretada de manera congruente, armónica y sistemática, con un sentido holístico de la tutela jurídica del ambiente natural, que también le imponía la normativa de creación de dicha reserva (Ordenanza N° 11.702).

La doctrina especializada explica que "...Congruencia significa en términos del legislador que el complemento legislativo provincial (al que agrega el municipal) deberán ser 'adecuados' a los principios y normas que establece la LGA(...) Con ello lo que se quiere decir es que las normas que pertenezcan a los órdenes provinciales y municipales se deberán amoldar a las de presupuestos mínimos nacionales (consecuencia directa del principio de supremacía federal del art. 31, CN), pero desarrollándolas o maximizándolas en la protección. Esto implica la plena operatividad del principio de complementariedad y optimización en la protección ambiental..." (Esain, José Alberto, Competencias Ambientales, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2008, p. 257).

La declaración de impacto ambiental en forma "condicionada", resuelta por la administración municipal, viola el art. 12 de la Ley 25.675 General del Ambiente, que no admite esa posibilidad.

El art. 11 ib. preceptúa que 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.

El art. 12 dispone que "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 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".

La evaluación de impacto ambiental condicionada no está permitida en el marco de la Ley 25.675.

Tampoco lo está en el marco de la Ley N° 10.208 cuyo art. 19 dispone que: "...La Autoridad de Aplicación —de estimarlo necesario— puede requerir modificaciones o alternativas de formulación y/o desarrollo del proyecto, otorgar o denegar la autorización".

11.3.- Con ese alcance, la CSJN ha resuelto en el precedente "Martínez, Sergio R. c. Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo" 02/03/2016 Fallos: 339:201, donde interpretó que los artículos relacionados "...exigen la emisión de la declaración de impacto ambiental en forma previa al inicio de las obras; y por el otro, al disponer en forma expresa que la administración debe aprobar o rechazar los estudios presentados, se limitan a conferirle facultades regladas en este aspecto, que no incluyen la potestad de admitir tales evaluaciones en forma condicional...".

Posteriormente, en el caso "Mamani, Agustín P. y otros c. Estado Provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram SA s/ recurso" 05/09/2017 Fallos: 340:1193 ponderó 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...". Del mismo modo, en el precedente "Majul, Julio J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental" 11/07/2019 Fallos: 342:1203 agregó que: "...el actor sostuvo que los magistrados del superior tribunal habían omitido valorar los hechos y los distintos elementos probatorios que eran conducentes para la solución de la causa y, además, que existió un obrar complaciente de la administración que causó un impacto negativo en el ambiente. En efecto, de los expedientes administrativos, tal como se detalló en el considerando 7°, se evidencia una alteración negativa al ambiente, incluso antes de la aprobación condicionada del Estudio de Impacto Ambiental (resolución 340/2015). Vale destacar que el tribunal superior, al valorar la citada resolución —y el decreto 258/2015 que suspendió sus efectos—, omitió considerar, que 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(conforme arts. 2 y 21 del decreto provincial 4977/2009 —conforme art. 84 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos— y arts. 11 y 12 de la ley 25.675 y Fallos: 339:201 y 340:1193)....".

11.4.- En definitiva, la 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 25.675, artículos 11 y 12 y Ley 26.331, artículos 18, 22 y ss. y art. 19 Ley 10.208).

Con la proyección de estos conceptos, las resoluciones ambientales municipales que permitieron llevar adelante la ejecución de las obras, de forma condicionada, son claramente violatorias de la supremacía del estado de derecho ambiental (arts. 31, 41, 43, 75 inc. 22 y cc. CN).

12.- Los principios de progresividad y no regresión en materia ambiental:

12.1.- Los principios de progresividad y no regresión, veda al legislador y al poder administrador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas (art. 75 inc. 23, CN).

Este principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos también es una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional y tiene vinculación con el derecho humano al ambiente sano. Como expresa Prieur "...La regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituirá una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que lleva a imponer a dichas generaciones un medio ambiente degradado..." (Prieur, Michel, "El nuevo principio de no regresión en el derecho ambiental", acto de investidura del grado de doctor honoris causa, Prosas Universitarias de Zaragoza, 21 de junio de 2001, citado por Cafferatta, Néstor Alfredo, "Las generaciones futuras", en RDA N° 62, abril-junio 2020, Abeledo-Perrot - Thomson Reuters, p. 5). 12.2.- El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano al que se le ha asignado la misión de vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional, se pronunció sobre los principios de progresividad y no regresividad en la Observación General Número 3 (U.N. Doc. E/1991/23 - 1990). En esa ocasión, el Comité afirmó que los Estados Partes tienen obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado, que deben adoptar a través de medidas que deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

En particular señaló el Comité que 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. Existe una "fuerte presunción" contraria a que dichas medidas sean compatibles con el Tratado (Observación General 14 —pár. 32— y 15 —pár. 19— y Observación General 18).

12.3.- El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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 económicos, sociales y culturales".

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales denominado "Protocolo de San Salvador", ratificado por la Ley 24.658, consagra en el art. 11 el derecho a un medio ambiente sano y reconoce que:

"1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.

2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente".

Asimismo, la Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia "Medio Ambiente y Derechos Humanos" (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), a la vez que reconoce la existencia de obligaciones de realización progresiva, sin embargo, también declara que los Estados tienen obligaciones inmediatas.

12.4.- En el marco de estos textos convencionales, la Corte IDH en el Caso Lagos del Campo c. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340 (párrs. 142 y 145), desarrolló y concretó por primera vez una condena específica en forma autónoma del artículo 26 de la Convención Americana, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado. Así, este Tribunal reiteró (Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") c. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No 198, párr. 16, 17 y 100, y Caso Lagos del Campo c. Perú, párr. 154) su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados. Asimismo, la Corte reiteró la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello (Corte IDH Caso Poblete Vilches y otros c. Chile, Sentencia de 8 marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas).

En definitiva, a partir de esos casos, al concretarse por primera vez en la jurisprudencia de la Corte IDH una condena específica en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana, admitió así la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, lo que abre nuevos escenarios para el acceso a la justicia ambiental, la tutela judicial efectiva y la defensa judicial del derecho al ambiente sano y saludable.

12.5.- En nuestro orden interno, tanto la Ley N° 25.675 en su art. 4, como así también la Ley N° 10.208 en el art. 4 inc. e) definen al "Principio de progresividad" y expresan de manera idéntica que: "los objetivos ambientales 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...".

En el fallo de nuestra Corte Federal, el Ministro Dr. Ricardo L. Lorenzetti afirma que "En el campo ambiental, si se reconociera una competencia excluyente a los municipios, habría que admitir que también pueden dictar regulaciones lesivas del ambiente, violando el principio de no regresión o los presupuestos mínimos establecidos en la legislación federal. Pero no lo pueden hacer porque sus disposiciones deben ser armonizadas con la Ley General del Ambiente" (fallo citado, considerando 12°, 02/07/2019 Fallos: 342:1061 "Telefónica Móviles Argentina SA - Telefónica Argentina SA c. Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad").

También la CSJ de la Provincia de Buenos Aires, se ha expedido en un caso análogo al presente en el cual, mediante la sanción de una ley posterior, se produjo una modificación legislativa que redujo la extensión de la Reserva Natural de la Laguna Rocha. En su pronunciamiento la Corte precisó que: "...Las normas y medidas que establecieron un determinado marco de protección ambiental del ecosistema de la denominada Laguna de Rocha han dejado de regir sobre las parcelas descriptas; circunstancia que puede constatarse mediante la simple comparación entre el texto de una y otra normativa.

De este modo, se advierte que el principio de progresividad que rige la materia ambiental —y el de no regresividad al que contiene— resultaría afectado por la mentada desafectación, instrumentada por la ley cuestionada en autos" ("Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de Octubre c. Provincia de Bs. As. s/ inconst. ley 14.516" del 28/10/2015, vid Leguiza Casqueiro, Guillermo G., "Principios de Progresividad y de No Regresión en el Derecho Ambiental. Algunas notas a partir de su

postergada implementación", RDA N° 62, abril-junio 2020, Abeledo-Perrot - Thomson Reuters, p. 37).

12.6.- El principio de no regresión debe ser analizado no solamente con relación al ejercicio de la función legislativa y reglamentaria de efectos jurídicos generales, sino también en lo referente al control de legalidad de la emisión de los actos administrativos ambientales de efectos jurídicos individuales o particulares, cuya declaración de voluntad administrativa productora de efectos jurídicos directos, importe una disminución de la tutela jurídica efectiva del bien colectivo.

12.7.- Así, como acontece en este caso, el cambio del paisaje y del destino de conservación de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín por la construcción de una cancha de hockey de césped sintético sobre agua, con ánimo de convertirla en un "Estadio de Hockey" para espectáculos deportivos internacionales, nacionales y locales, importa en los hechos una desafectación del uso público ambiental de la reserva, mediante actuaciones administrativas claramente contrarias al principio de progresividad y no regresividad ambiental consagrado no solo en la Ordenanza N° 11.702 (art. 4 inc. a), sino en toda la normativa nacional y provincial que es complementaria.

Tal regresividad se corrobora en las resoluciones que, sin exigir el cumplimiento regular del estudio de impacto ambiental previo y no condicionado y de las audiencias públicas respectivas, autorizó la realización de una instalación cuyo uso no armoniza con el objeto, fines y prohibiciones que tutelan jurídicamente la reserva natural e imponen la obligación de no degradarla a perpetuidad, para beneficio de las generaciones futuras.

13.- Los principios in dubio pro natura y pro natura:

13.1.- La hermenéutica jurídica ambiental debe regirse por los principios in dubio pro natura o pro natura.

La CSJN ha expresado 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) (conf. CSJN 11/07/2019 Fallos: 342:1203 "Majul, Julio J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental"). Este principio emergente del derecho ambiental puede ser entendido con el sentido que, en caso de dudas sobre la interpretación y el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

13.2.- Si al tiempo de dictar la Resolución DIA N° 0001348 Serie "A" de fecha 14/12/2017 (fs. 71/72 vta.) y la Resolución DIA N° 001385 Serie "A" de fecha 09/01/2019 (fs. 501/504), la Administración Municipal no consideró los presupuestos mínimos ambientales consagrados en la Ley 25.675 y en la Ley 10.208, ni observó las obligaciones establecidas en la Ordenanza N° 11.702, la duda interpretativa relacionada con la aprobación ambiental y si esta podía ser condicionada o debía ser rechazada, debió ser interpretada in dubio pro natura, y aún no mediando duda sobre la norma aplicable o sobre los alcances de su interpretación, la decisión administrativa debió tomarse en sentido pro natura, brindando la mayor protección, conservación y no degradación posible al ambiente natural de la reserva y no proyectar un Estadio de Hockey para uso profesional internacional, nacional y local.

14.- Los principios de prevención y precaución:

14.1.- De conformidad al art. 4 de la Ley 25.675, en virtud del 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. Idéntico principio replica el art. 4 inc. b) de la Ley 10.208.

Por su parte, en virtud del art. 4 de la Ley 25.675, coincidente con el art. 4 inc. c) de la Ley 10.208, por el 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.

Como explica la doctrina que analiza el origen internacional de estos principios "...las medidas que los sujetos internacionales adoptan ad intra constituyen el eje de la gestión tanto del riesgo cierto como del dudoso, permitiendo preservar al medio humano desde el origen mismo de las causas de su degradación"(Drnas de Clèment, Zlata, "Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema internacional y en el interamericano",

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba).

14.2.- Tal es la importancia ecosistémica de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín que, el Centro de Ecología y Recursos Naturales Renovables (CERNAR) de la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de la Universidad Nacional de Córdoba, con base en su experticia científica, formuló las siguientes recomendaciones: "...la ciudad carece de espacios verdes (la OMS recomienda entre 9 y 16 m2 de verde por persona en una ciudad). El único otro espacio, ya muy pequeño, es el Parque Sarmiento que tiene una carga excesiva de personas y una flora vieja (de la época de su creación) que ya no funciona como elementos activos ecosistémicamente.

Por lo tanto, todo espacio verde existente en la ciudad de Córdoba (y la Reserva San Martín es el único espacio que queda a la ciudad), debe seguir funcionando como tal y aún más, mejorar sus capacidades ecosistémicas como depurar y generar aire, como infiltración de agua, como reguladora de clima, etc.

Por otro lado, quedan escasos elementos de la flora nativa (y menos aún de la fauna) en la Reserva, por lo que se pone en peligro la capacidad de reproducción de la misma, requiriendo ampliar sus dimensiones" (fs. 224).

14.3.- La representante de la demandada —Dra. Israilevich— se opuso en parte a la informativa producida y agregada a autos (fs. 328/329 vta.), y en particular, alegó que la informativa producida por la Directora del Centro de Ecología y Recursos Naturales Renovables (CERNAR) de la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de la Universidad Nacional de Córdoba, no estaba suscripta por firma que avalara la autoría, lo cual carece de todo sustento real, toda vez que a fs. 323 vta. está la inserta la firma de su Directora Dra. Cecilia Estrabou, de fecha 18/07/2018, lo que convierte en una unidad ideal a toda la respuesta a la informativa agregada a fs. 222/325, con la intermediación de la Secretaría de Extensión de la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de la Universidad Nacional de Córdoba.

En consecuencia, no es posible admitir que el escrito de fs. 243 y ss. carezca de firma, fecha y autoría, cuando las mismas están insertas a fs. 323 vta. lo que convierte en una unidad ideal a toda la respuesta.

14.4.- En materia ambiental, lo más razonable y beneficioso es prevenir antes que recomponer o reparar el posible daño a la salud o al medio ambiente (Rosatti, Horacio Daniel, "Preservación del medio ambiente. Desde el interés difuso hacia el derecho-deber constitucional", en A.A.V.V., La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión de Redacción, Santa Fe-Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 81 y ss.).

Si la Administración Municipal otorgó una declaración de impacto ambiental condicionada, las dudas que sobre la protección, conservación y no degradación de la reserva determinaron esa toma de decisión condicionada, debieron justificar por motivos de proporcionalidad y razonabilidad su rechazo y no la aprobación.

15.- Los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 aprobada por la ONU:

15.1.- La Agenda de Naciones Unidas 2030 nominada como "Objetivos de Desarrollo Sostenible" representa un verdadero plan de acción, global trazado por la comunidad internacional en favor de las personas, el planeta y la prosperidad.

Esta Agenda establece en su meta número 15.1 "Para 2020, velar por la conservación, el restablecimiento y el uso sostenible de los ecosistemas terrestres y los ecosistemas interiores de agua dulce y los servicios que proporcionan, en particular los bosques, los humedales, las montañas y las zonas áridas, en consonancia con las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales".

15.2.- En armonía con tales propósitos, la CSJN elocuentemente enfatiza que el art. 41 de la CN "...incorpora el concepto de "desarrollo humano sostenible o sustentable", conforme el cual no solo las actividades productivas tienen el deber de preservar el ambiente, sino que el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de las generaciones presentes sin descuidar a las futuras. En base al principio señalado, la Constitución reclama un adecuado balance, en miras a armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable, no debiendo buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que su tutela no significa detener el progreso sino hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras (arg. doct. Fallos: 332:663)..." ("Telefónica Móviles Argentina SA - Telefónica Argentina SA c. Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", Fallos: 342:1061).

Como explicitan Cafferatta y Peretti "...La sustentabilidad constituye con la solidaridad, el otro pilar que sostiene esa nueva plataforma donde —a nuestro entender— se asienta la proyección y evolución del Derecho Ambiental..." y que "...esta nueva "sustentabilidad" se construye sobre una observación superadora a la verificada en la mayoría de las cláu-

sulas constitucionales de protección ambiental" y que "...lejos de resignarse a "adjetivar" un determinado modelo de desarrollo", el concepto de sustentabilidad adquiere individualidad y autonomía conceptual (Cafferatta, Néstor A. y Peretti, Enrique O., Nuevos Desafíos del Derecho Ambiental. La solidaridad y la sustentabilidad como pilares del Derecho Ambiental, 1ª edición revisada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2019, p. 318 y ss.).

15.3.- Sacrificar las condiciones ambientales de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín, para desarrollar un objetivo perteneciente a una política pública diseñada exclusivamente por el área de deportes de la Municipalidad de Córdoba, extra muros del marco jurídico que rige el último pulmón verde que queda en el ámbito del ejido municipal y los valores que ese régimen tutela, es una clara manifestación de una acción administrativa contraria a la obligación de preservación, conservación y no degradación para que dicho ambiente natural sea perdurable en el tiempo y a perpetuidad, para el pleno goce de las generaciones futuras.

16.- El Estado de derecho ambiental y la Constitución Ecológica:

16.1.- El Estado de derecho ambiental federal reconoce que: "Art. 41 Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

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

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

Este precepto se complementa con el art. 43 ib. que reconoce el derecho al ambiente como un derecho de incidencia colectiva cuando dispone: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...".

Por su parte, el art. 240 del Cód. Civ. y Comercial referido a los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, establece: "El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1° y 2° debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y 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."

En síntesis, de una lectura sistemática, axiológica y finalista de la Constitución Ecológica, se infiere el reconocimiento del derecho a la preservación del patrimonio natural y cultural y el derecho a la calidad de vida, todo lo cual forma parte del derecho al ambiente sano (art. 41 CN), constituyen derechos de incidencia colectiva (arts. 14, 240 y 241 del Cód. Civ. y Comercial) y son patrimonio común de la sociedad, y el ejercicio de los derechos individuales no pueden afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas.

16.2.- La Constitución de Córdoba declara que Estado Provincial resguarda el equilibrio ecológico, protege el medio ambiente y preserva los recursos naturales (art. 11) y que también es responsable de la conservación, enriquecimiento y difusión del patrimonio cultural, en especial arqueológico, histórico, artístico y paisajístico y de los bienes que lo componen, cualquiera sea su régimen jurídico y su titularidad (art. 65). El art. 66 sobre "Medio Ambiente y Calidad de Vida" prevé: "Toda persona tiene derecho a gozar de un medio ambiente sano. Este derecho comprende el de vivir en un ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud, a la conservación de los recursos naturales y culturales y a los valores estéticos que permitan asentamientos humanos dignos, y la preservación de la flora y la fauna. El agua, el suelo y el aire como elementos vitales para el hombre, son materia de especial protección en la Provincia.

El Estado Provincial protege el medio ambiente, preserva los recursos naturales ordenando su uso y explotación, y resguarda el equilibrio del sistema ecológico, sin discriminación de individuos o regiones.

Para ello, dicta normas que aseguren:

1. La eficacia de los principios de armonía de los ecosistemas y la integración, diversidad, mantenimiento y recuperación de recursos.

2. La compatibilidad de la programación física, económica y social de la Provincia, con la preservación y mejoramiento del ambiente.

3. Una distribución equilibrada de la urbanización en el territorio.

4. La asignación prioritaria de medios suficientes para la elevación de la calidad de vida en los asentamientos humanos".

Finalmente, el art. 186 establecer las funciones, atribuciones y finalidades inherentes a la competencia municipal expresa:

"7. Atender las siguientes materias:...protección del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y polución ambiental...".

16.3.- El presente proceso tiene los elementos propios de un proceso o litigio estructural, cuyo objeto es la defensa de la vigencia de la Constitución y, en este punto, debemos recordar que tanto la Constitución Nacional (arts. 41, 43, 75 inc. 22 y cc.), como la Constitución de Córdoba (arts. 11, 38, 59, 66, 68 y cc.) establecen la denominada "Constitución Ecológica", con el mismo rango de las denominadas constituciones política, económica, social y cultural.

16.4.- Como lo expresa claramente la Corte Constitucional de Colombia "...La Constitución no es solo el fundamento de validez del ordenamiento —en la medida que regula la creación jurídica—, sino que contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política. Ella prefigura un modelo de sociedad. Por lo tanto, en ella surge una Constitución económica, con su tríptico: propiedad, trabajo, empresa; una Constitución social, con la legislación de sus relaciones; una Constitución ecológica y una Constitución cultural...". "Al lado del conjunto de principios que la Constitución dedica a las relaciones económicas deben situarse una serie de disposiciones de no menos transcendencia encaminadas a asegurar una protección básica a la vida humana considerada como valor en sí, al margen del uso que se haga de los recursos humanos en atención a fines políticos y económicos. Se da así entrada a una nueva dimensión de las garantías constitucionales cuyo núcleo esencial se halla en la protección de la libertad personal y de los demás derechos fundamentales vinculados de diversa manera a la misma y que se manifiesta, ante todo, en un conjunto de reglas generales tendientes a crear una situación ambiental que facilite lo más posible el ejercicio de las libertades individuales..." (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-411 del 17/06/1992, y Amaya Navas, Óscar, La Constitución Ecológica de Colombia, Segunda Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 24 y ss.).

En el mismo sentido se ha expedido el Tribunal Constitucional de Perú en la Sentencia Exp. N° 03610-2008-PA/TC, al señalar que la Constitución Ecológica no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de la Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medioambiente (fundamento 33).

16.5.- De conformidad al criterio expresado por la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-760/07), se enfatiza así en la triple dimensión de la Constitución Ecológica:

a) Como principio que irradia todo el ordenamiento jurídico, puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación;

b) Como derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano; derecho humano que es exigible por diversas vías judiciales, y

c) Como conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares, en su calidad de contribuyentes sociales.

16.6.- Llegar al extremo de "cerrar" el ingreso del público visitante de la reserva natural, para "abrir" ese ingreso al público espectador de un evento deportivo de alcances internacionales, nacionales y locales, no armoniza con los valores esenciales tutelados por la Ordenanza N° 11.702, dictada en consecuencia de los preceptos que consagran nuestro Estado de derecho ambiental (art. 41 CN).

17.- La solución del caso:

17.1.- La sustitución de la cancha de futbol 11 de césped natural de uso meramente recreativo para los asistentes al Camping Municipal, por una cancha de hockey de césped sintético sobre agua, a escala de "Estadio de Hockey", dentro de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín, se exhibe de manera manifiesta y patente como un acto que ha producido una alteración innecesaria del paisaje y ambiente natural, que se contrapone de manera también manifiesta a las disposiciones de la Ordenanza N° 11.702 y a las del marco normativo y de presupuestos mínimos ambientales referenciado en cada una de las consideraciones de este pronunciamiento.

17.2.- Por más que la Dirección de Deportes de la Municipalidad de Córdoba tenga atribuciones para diseñar una política pública en materia de promoción del hockey sobre césped, su competencia cuando pretenda ser ejercida dentro del Camping Municipal, debe ser necesariamente articulada y, por sobre todo, armonizada con los fines de conservación, preserva-

ción, no degradación y de uso "recreativo ambiental" de la reserva.

De allí que asiste toda razón a la parte actora cuando señala que la Autoridad de Aplicación de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín (art. 8, Ordenanza N° 11.702/2009, Secretaría de Ambiente de la Municipalidad de Córdoba) no ha puesto límites a la Secretaría de Deportes para evitar llevar a cabo un cambio de uso de suelo y actividades deportivas cuyo impacto ambiental en los términos en los que fue realizado y sobre la base de un proyecto posteriormente modificado, aparece manifiestamente incompatible y contrario a la sustentabilidad ambiental de todas las actividades que garantiza la Ordenanza de creación y la normativa ambiental que es complementaria y se integra armónica y sistemáticamente.

17.3.- Téngase presente que esta Cámara, por unanimidad, al ordenar la medida cautelar mediante el Auto N° 617 de fecha 27/12/2018 ha establecido que tales actividades se han llevado a cabo sin contar con estudios de capacidad de carga humana y de vehículos, lo que demuestra a todas luces la insuficiencia del estudio de impacto ambiental que sirvió de base a la Resolución DIA N° 0001348 Serie "A" de fecha 14/12/2017 (fs. 71/72 vta.) de la Comisión de Ambiente de la Municipalidad de Córdoba, que incluso aprobó el aviso de proyecto de manera condicionada.

Por lo demás es una clara violación de la prohibición del art. 14 inc. ll) de la Ordenanza N° 11.702/2009 llegar al extremo de tener que cerrar el Camping y la Reserva Natural Urbana a otras actividades que son preferidas en la citada ordenanza por su directa relación con la promoción de la conciencia y cultura ambientales y su preservación.

Así lo pusieron de relieve la Directora y Subdirectora de la Dirección de Programación y Gestión Ambiental de la Municipalidad de Córdoba, en las notas de fecha 22/10/2018 dirigida a la Federación Amateur Cordobesa de Hockey sobre Césped (fs. 423/424) en la que se expresa que en el encuentro del día 22/10/2018 —encuentros finales del Torneo oficial de dama "A" 2018—, "originó gran afluencia de público utilizando elementos sonoros y pirotécnica con el fin de alentar y arengar a los equipos..." y agrega que: "...la zona de uso intensivo de la Reserva que comprende el camping General San Martín se rige por Ordenanza N° 11.702 del año 2009. En la misma se establece el marco para la realización de actividades y otras consideraciones vinculadas al consumo de bebidas alcohólicas, grandes concentraciones de vehículos y personas, etc. Explícitamente prohibiendo en su artículo 14 k, la utilización de pirotecnia, la cual se observó presente en la final del torneo mencionado" (cfr. fs. 423).

Por su parte, en la nota dirigida al Subsecretario de Deportes y Recreación de la Municipalidad de fecha 22/10/2018 (fs. 425/426) sobre "Comportamiento Inadecuado en Zona de Uso Intensivo RNU San Martín" se le informa que "...Si bien la administración del camping corresponde a la Dirección de Deportes por Decreto N° 30/92, se recuerda que la autoridad de aplicación según Ordenanza N° 11702 corresponde a la Subsecretaría de Ambiente, por lo cual se solicita remitir toda la documentación necesaria y oportuna a esta repartición, a fin de prever y disponer con suficiente antelación los roles del personal para dichos eventos...".

Este Tribunal, en ocasión de despachar la medida cautelar mediante Auto N° 617 de fecha 27/12/2018 (fs. 442/448 vta.) consideró que los eventos acontecidos los días 20 y 27 de octubre de 2018 con afluencia de público en general, son susceptibles de generar una alteración disvaliosa del entorno de la reserva, que en la práctica impacta singularmente de manera negativa en las condiciones de vida del área determinada.

De la prueba analizada, documental fotográfica y periodística, y de las propia documental adjuntada por la demandada, en particular nota de la Dirección de Planeamiento e Infraestructura dirigida a la Federación Amateur de Cordobesa de Hockey obrante a fs. 423, se evidencia que en el sector de uso intensivo en el que se desarrolló el torneo de hockey de damas "A 2018", originó gran afluencia de público utilizando elementos sonoros y pirotecnia con el fin de alentar y arengar a los equipos, consumo de bebidas alcohólicas y grandes concentraciones de vehículos y personas y se agregó que si bien la Municipalidad de Córdoba afirma que la conducta (ruidos en exceso, humo, etc.) fue debidamente sancionada, lo cierto es que en el caso concreto no se observaron las disposiciones de la Ordenanza N° 11.702/09 relativo a la protección del área (fs. 447 vta.).

Toda la prueba producida en esta causa, es demostrativa que no es posible "cerrar" el ingreso al Camping San Martín y a la reserva natural para cualquier vecino y habitante de esta ciudad de Córdoba para llevar adelante actividades deportivas relacionadas exclusivamente al hockey, a niveles internacionales, nacionales y locales, cuando el objeto de la Reserva son las recreaciones orientadas a la educación ambiental y a la conservación de la biodiversidad de la única Reserva Natural Urbana de la ciudad de Córdoba.

Cada uno de los incumplimientos señalados a lo largo de los fundamentos de este pronunciamiento, conducen inexorablemente a admitir que en el caso, inclusive, se ha operado la revocación de pleno dere-

cho de la autorización ambiental otorgada mediante la Resolución DIA N° 0001348 Serie "A" de fecha 14/12/2017 (fs. 71/72 vta., art. 2) y Resolución DIA N° 001385 Serie "A" de fecha 09/01/2019 (fs. 501/504, art. 2), en virtud de las inobservancias a las condiciones y normativas relacionadas en este pronunciamiento.

17.4.- En consecuencia, corresponde ordenar el cese inmediato de toda actividad sobre la cancha de hockey y disponer que la Municipalidad de Córdoba retrotraiga el estado de cosas al momento anterior a la instalación de esa intervención, removiendo las alfombras sintéticas de césped y realizando todas las acciones necesarias para la restauración del suelo, a las condiciones naturales existentes al momento anterior. Para ello, se la emplaza para que en el término de noventa días hábiles administrativos, la demandada presente a este Tribunal un "Plan de Gestión Ambiental" en el que planifique las acciones necesarias para la restauración y conservación de la reserva a su estado anterior, especificando los detalles técnicos y el tiempo de ejecución previsto, asegurando que para ello, no se produzca degradación alguna sobre el ambiente natural. El que deberá incluir una Auditoría Ambiental sobre el Plan de Gestión Ambiental y su cumplimiento.

18.- La solución del caso en lenguaje y lectura fácil:

Las personas cuando están informadas tienen la posibilidad de participar y ayudar a garantizar que las decisiones políticas y administrativas respeten su derecho humano a un ambiente sano y sostenible, todo lo cual forma parte esencial de la democracia participativa.

Ello actualmente armoniza con los principios emergentes del "Acuerdo sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe", más conocido como "Acuerdo de Escazú", suscripto en San José de Costa Rica el 4 de marzo de 2018.

Por ello, atento la implicancia de este proceso ambiental sobre un bien colectivo, que trasciende el interés de cada individuo de la ciudad de Córdoba, como es la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín y el derecho a garantizar el derecho a la información pública ambiental también desde una adecuada comunicación de la función judicial, es necesario efectuar una síntesis de este caso y de su resolución en lenguaje y lectura fácil, a saber:

18.1.- Los actos administrativos ambientales de autorización de la instalación de la cancha de hockey de césped sintético sobre agua y el uso de la misma para eventos deportivos internacionales, nacionales y locales, importan un cambio de uso del suelo y del paisaje que violan con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta las expresas obligaciones y prohibiciones que aseguran el deber de conservar y no degradar la reserva la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín.

18.2.- La Municipalidad de Córdoba no ha acreditado en estos autos que las autorizaciones ambientales hayan sido otorgadas con base en un fundado Estudio de Impacto Ambiental, justificado con criterios técnico-científicos y precedidas de las respectivas audiencias públicas.

18.3.- La Municipalidad de Córdoba no acompañó los expedientes administrativos completos, que acreditaran la observancia y el respeto del principio del debido proceso ambiental.

18.4.- En esta causa no se ha probado que se haya cumplido con los necesarios procedimientos previos y no condicionados de Evaluación de Impacto Ambiental, y tampoco se ha acreditado que se hubiera eximido de ese requisito a la Secretaría de Deportes y a la Dirección de Deportes.

18.5.- La sola lectura de los actos ambientales ponen de manifiesto la violación al principio de participación ciudadana por omisión de la realización de las Audiencias Públicas que debieron preceder obligatoriamente a esos actos.

18.6.- Los actos ambientales de la Municipalidad de Córdoba deben ser analizados e interpretados de manera armónica y complementaria con los presupuestos mínimos ambientales consagrados por la Ley N° 25.675 y por la Ley N° 10.208 que aseguran el derecho a un ambiente sano y cuyo deber es preservarlo para las generaciones futuras a perpetuidad.

18.7.- La acción de amparo ambiental es procedente y debe ordenarse a la Municipalidad de Córdoba que planifique y ejecute las acciones necesarias para volver el estado de cosas en la Reserva Natural Urbana Gral San Martín al momento anterior a la instalación de la carpeta de césped sintético.

19.- Costas

Se imponen por el orden causado atento la complejidad de la normativa de fondo y la singularidad propia de la causa (arts. 10 y 17, Ley 4915; art. 13, Ley 7182 y art. 130, Ley 8465).

Así voto

El doctor *Massimino* dijo:

Atento la disidencia planteada entre mis colegas, por imperativo del art. 382 del Cód. Proc. Civ. y

Comercial (aplicable por remisión del art. 13 de la Ley del Fuero) concurro a fundar mi voto sobre la solución que entiendo debe darse en el *sub lite*.

I. Doy por reproducida la relación de causa efectuada por la Sra. Vocal de primer voto, a la cual remito por razones de brevedad.

II. El caso

La cuestión controvertida en autos gira en torno a la procedencia de la acción de amparo iniciada por la Asociación Civil Amigos de la Reserva San Martín impugnando el accionar de las demandadas - que según entiende la actora - es lesivo del ambiente, consistente en la construcción de una cancha de hockey sobre césped sintético con agua en el Camping Municipal San Martín, zona de uso intensivo de la Reserva Natural y los daños derivados de la misma, cuales son la extracción arbórea y la alteración de la flora y fauna del lugar ante la realización de espectáculos públicos (partidos de hockey), convocantes de gran cantidad de personas al lugar.

La Sra. Vocal de primer voto considera que corresponde hacer lugar parcialmente a la acción de amparo y, en consecuencia, ordenar a las demandadas que cumplimenten determinadas previsiones y obligaciones en caso de eventos deportivos de alta concurrencia que se organicen en el Camping Municipal San Martín; como así también ordena a la Municipalidad de Córdoba que acompañe un estudio relacionado con la capacidad de carga de la Zona de Uso Intensivo de la Reserva Natural Urbana, realizado por algún organismo imparcial de trayectoria en la materia.

En cambio, Sra. Vocal de segundo voto propicia hacer lugar a la acción de amparo; y ordena el cese inmediato de toda actividad sobre la cancha de césped sintético sobre agua, la restitución y recuperación de la Reserva Natural Urbana al estado anterior al momento de la instalación de la chancha, ordenando la remoción de las alfombras sintéticas y la recuperación del suelo de césped natural en los términos y con los alcances que señala en su pronunciamiento.

Como vemos, la discrepancia finca en determinar si, conforme los antecedentes de la causa, corresponde convalidar lo actuado por la Municipalidad de Córdoba en cuanto procedió a la construcción de una cancha de hockey sobre césped sintético con agua en el Camping Municipal San Martín, zona de uso intensivo de la Reserva Natural Urbana San Martín de la ciudad de Córdoba, ordenando ciertas medidas y estudios ambientales; ó si, por el contrario, corresponde disponer el cese inmediato de toda actividad sobre la cancha de césped sintético sobre agua y la restitución y recuperación de la Reserva Natural Urbana al estado anterior al momento de la instalación, ordenando la remoción de las alfombras sintéticas y la recuperación del suelo de césped natura.

En relación a la cuestión así planteada, cabe traer a colación el principio de prevención que rige en la materia (art. 41 C.N.) y la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a 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", (CSJN, *in re* "Salas, Dino", Fallos: 332:663).

Con esa proyección y adelantando mi opinión al respecto, considero que corresponde hacer lugar a la acción de amparo ambiental impetrada por la Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín con los alcances propuestos por la Sra. Vocal de Segundo Voto, por las razones siguientes.

III. El marco normativo y la plataforma fáctica.

El marco normativo ambiental de la presente causa como así también los antecedentes administrativos y la prueba recabada en el *sub lite* se encuentran desarrollados de modo detallado en los votos precedentes, razón por la cual - con el propósito de evitar reiteraciones innecesarias—, solo me referiré a aquellos aspectos - normativos y fácticos— allí descriptos que considero necesarios para fundar mi opinión sobre la cuestión planteada.

A los fines de resolver el caso bajo examen, además del artículo 41 de la Constitución Nacional, la Ley General de Ambiente N° 25.675 y la Ley de Política Ambiental de la Provincia de Córdoba N° 10.208 y sus respectivos Anexos (I, II y III), corresponde específicamente, la aplicación de la Ordenanza N° 9847, reguladora del Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, y la Ordenanza 11.702 de creación de la Reserva Natural Urbana General San Martín declarada Patrimonio Ambiental de la Ciudad de Córdoba.

En ese marco, con el propósito de determinar si las obras y actividades autorizadas por la Municipalidad de Córdoba mediante las respectivas Declaraciones de Impacto Ambiental se hallaban prohibidas por el artículo 14 de la Ordenanza N° 11.702, resulta impres-

cindible, en virtud de la interpretación armónica de los artículos 2 inciso i), 5 C), 6, 13 y 14 incisos d) y ll) de la normativa referida, verificar, sobre la base de las constancias de autos, el cumplimiento del "Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental" regulado en la Ordenanza N° 9847, como así también el análisis de la adecuación de las normas municipales ambientales al resto de la normativa ambiental aplicable, Ley Provincial 10.208 complementaria de los presupuestos mínimos consagrados en la Ley Nacional 25.675 —LGA—, mediante el correspondiente "control de complementariedad".

En esa dirección y como se examina en el apartado siguiente, las Resoluciones Nros. 1348/2017 y 1385/2019 dictadas por la Comisión del Ambiente de la Municipalidad de Córdoba, pese a las exigencias contenidas en el artículo 6 y 10 de la Ordenanza N° 9847, no solo no cumplieron con el procedimiento de evaluación de impacto ambiental por ella regulado (art. 14 ib.), sino que, además, aplicaron normas ambientales municipales inobservando los presupuestos mínimos consagrados en la Ley General Ambiente N° 25.675, como así también la mayor protección consagrada en las normas complementarias de esos presupuestos, dictadas por la Provincia de Córdoba, mediante la Ley 10.208. En otras palabras, aplicaron aislada y segmentadamente las normas locales, sin considerar las exigencias y previsiones que, en tutela del orden público ambiental, contemplan la normativa provincial y nacional en esta materia.

IV. El análisis de la cuestión sustancial

1.- Sentado el marco normativo ambiental aplicable y la plataforma fáctica considerada, corresponde ahora ingresar en el análisis de los aspectos sustanciales que se hallan en discusión. Para hacerlo, entendiendo que la referencia ineludible está constituida por los antecedentes y demás documentación que obran incorporados en las constancias de la causa.

La valoración de la prueba incorporada en este proceso colectivo se realiza teniendo en cuenta la naturaleza ambiental de la presente causa, lo que viene impuesto por el medio ambiente como un bien jurídico digno de la tutela jurídica superior (cfr. art. 41 de la Const. Nacional) y los principios y postulados que surgen del marco normativo aplicable.

En ese entendimiento, se hace una valoración integral de los elementos probatorios incorporados en la causa, reparando en aquellos aspectos que se consideran dirimentes. Jurisprudencialmente se ha establecido con respecto a los elementos probatorios a tener en cuenta por el juzgador: "La apreciación de la prueba no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino la de seleccionarlos para fundar el fallo en los más eficientes. Por tanto, no es indispensable el examen particular y pormenorizado de cada una de las pruebas, pues basta que en un análisis integral, que debe presumirse afrontado, los jueces indiquen las piezas en que fundan sus conclusiones". "La elección de la prueba es facultad privativa del juzgador, razón por la cual la preferencia de una respecto de otras no viola las leyes que la rigen. Asimismo, la circunstancia de hacer expresa referencia a las que han servido más decididamente para fundar la sentencia, no supone ni permite afirmar que las otras no hayan sido computadas" (CNCiv., Sala H, diciembre 11-996.- "Baigorria, Julio c. Goyeneche, Alejandro" - 39.235-S, p. 791; LA LEY, 1997-B, 145).

2.- Con esa proyección surge que la Resolución DIA N° 001348 Serie "A" de fecha 14/12/2017 (fs. 71/72 vta.) y su posterior, la Resolución DIA N° 001385 Serie "A" de fecha 09/01/2019 (fs. 501/504), ambas de la Comisión de Ambiente, que aprueban de manera condicionada el Aviso de Proyecto - la primera— y la Ampliación del Aviso de Proyecto - la segunda—, adolecen de los estudios ambientales de rigor y, además, del trámite de participación requeridos por el marco normativo ambiental aplicable. Veamos.

2.1.- La Resolución DIA N° 0001348 Serie "A" de fecha 14/12/2017 (fs. 71/72 vta.) de la Comisión de Ambiente de la Municipalidad de Córdoba resolvió aprobar el aviso de proyecto, pero de manera "condicionada" esto es, quedando sujeto al cumplimiento de las condiciones y normativas que dispone en su parte resolutiva, a saber:

"Artículo N° 1: Aprobar el aviso de proyecto del emprendimiento 'Obras de reemplazo de chancha [sic] de futbol por cancha auxiliar de Hockey sintética' presentado por la Subsecretaría de Deportes y Recreación de la Municipalidad de Córdoba por medio del Lic. Augusto J. Alonso Director de Deportes Institucional Federado - Subsecretaría de Deportes y Recreación y Responsable Técnico Ing. Civil Carlos Andrés Wendler - Director de Obras Viales de la Municipalidad de Córdoba, en cumplimiento de la Ordenanza N° 9847 y su Decreto Reglamentario N° 3312/2010, a ejecutarse en el predio del Camping Municipal General San Martín - Zona de Uso Intensivo de la Reserva— calle Miguel Lillo s/n, B° Parque Chateau Carreras designación catastral 10-01-0001-038; 10-01-002-001 a 005; 10-01-003-001 a 013; 10-01-004-001, Ciudad de Córdoba, quedando sujeto al cumplimiento de las siguientes condiciones y normativas:

A) Ejecutar las obras y/o acciones de mitigación ambiental necesarias, tanto las que surgieren en el transcurso de la ejecución como en la vida útil del emprendimiento, a los fines de garantizar condicio-

nes ambientales de habitabilidad y conformar un ámbito urbanístico sustentable.

B) Cumplir con las condiciones establecidas en las factibilidades y/o autorizaciones otorgadas por las áreas municipales, provinciales y concesionarias de servicios intervinientes.

C) Implementar buenas prácticas ambientales relacionadas en todas las etapas constructivas del emprendimiento, las cuales deberán garantizar la gestión ambiental de: Manejo de residuos sólidos, Manejo de efluentes líquidos y drenajes pluviales, Protección de cuerpos de agua, Manejo de combustibles, aceites y otros productos químicos, Control de emisiones atmosféricas, Control de ruidos, Protección del suelo, Prevención y control de los impactos visuales y Prevención y control de la afectación del medio biótico.

D) Una vez finalizadas las etapas constructivas debe presentar una memoria descriptiva que contenga imágenes de la recuperación del entorno inmediato.

E) Debe cumplir con la normativa, en especial la que a continuación se detalla:

I. Ordenanza N° 5203. Enrarecimiento del Aire…

II. Ordenanza N° 7104. Prohíbase la contaminación o degradación de los suelos, del agua, de la flora y de la fauna, y su Decreto Reglamentario N° 211-E-98…

III. Ordenanza N° 9612. Gestión de Residuos, desechos o desperdicios, y su Decreto Reglamentario N° 144-E 99 Gestión de Residuos No Convencionales.

IV. Ordenanza N° 10.311. Impedir la formación de larvas de mosquitos…

V. Ordenanza N° 10.926. Obligatoriedad de control de Vectores…

VI. Ordenanza N° 12.051. Establece implementar medidas de ahorro de agua…

VII. Ordenanza N° 12.208. Prohibición de causar o estimular ruidos innecesarios o excesivos.

VIII. Ordenanza N° 12.260. Regula daños y pasivos ambientales.

IX. Ordenanza N° 12.472. Arbolado Público Urbano.

X. Disposiciones vigentes en la materia, tanto en las normativas Municipales, como Provinciales y Nacionales.

Artículo N° 2: En caso del incumplimiento de cualquiera de las normas descriptas precedentemente y/o de las condiciones anteriores, la presente Autorización Ambiental quedará revocada de pleno derecho.

Artículo N° 3: En caso de producirse modificaciones en la propuesta, fundamentalmente los referidos a la duración de la obra, cambio de condiciones o responsables del trabajo a realizar, y/o se manifestase impacto severo o crítico sobre el ambiente deberá ser comunicado de inmediato a la Dirección de Evaluación de Impacto Ambiental, de corresponder suspender la actividad hasta determinar las causas que generan los mencionados impactos y hasta que estos sean corregidos.

Artículo N° 4: Emitir la presente Declaración de Impacto Ambiental al Proyecto "Obras de reemplazo de cancha de fútbol por cancha auxiliar de Hockey sintética" presentado por la Subsecretaría de Deportes y Recreación de la Municipalidad de Córdoba…" (fs. 72 y vta.).

2.2. 7.10.- La Resolución DIA N° 001385 Serie "A" de fecha 09/01/2019 (fs. 501/504), dispuso:

"Artículo N° 1: Aprobar ambientalmente la ampliación del Aviso de proyecto por "Obras de Readecuación de instalaciones auxiliares de Cancha de Hockey sintética" presentado por la Subsecretaría de Deportes y Recreación de la Municipalidad de Córdoba, por medio del Lic. Augusto J. Alonso, Director de Deportes Institucional Federado, en cumplimiento de la Ordenanza N° 9847/97 y su Decreto Reglamentario N° 3312/2010, a ejecutarse en el predio del Camping Municipal General San Martín —Zona de Uso Intensivo de la Reserva Natural Urbana— calle Miguel Lillo s/n, B° Parque Chateau Carreras, designación catastral 10-01-001-038; 10-01-002-001 a 005; 10-01-003-001, Ciudad de Córdoba, quedando sujeto al cumplimiento de las siguientes condiciones y normativas:

A) Deberá designar ante la Dirección de Evaluación de Impacto Ambiental un responsable ambiental de la obra, quien informará a la Dirección de Programación y Gestión Ambiental el inicio y finalización de las obras, novedades, contingencias y/o medidas de mitigación implementadas en el término de 24 hs.

B) Estricto cumplimiento de lo solicitado por Informe de la Dirección de Gestión y Programación Ambiental y de las medidas de mitigación propuestas.

C) Ejecutar las obras y/o acciones de mitigación ambiental necesarias, tanto las que surgieren en el transcurso de la ejecución como en la vida útil del emprendimiento a los fines de garantizar condiciones ambientales sustentables.

D) Implementar buenas prácticas ambientales relacionadas en todas las etapas constructivas del em-

prendimiento, las cuales deberán garantizar la gestión ambiental de: Manejo de residuos sólidos, Manejo de efluentes líquidos y drenajes pluviales, Protección de cuerpos de agua, Manejo de combustibles, aceites y otros productos químicos, Control de emisiones atmosféricas, Control de ruidos, Protección del suelo, Prevención y control de los impactos visuales y Prevención y control de la afectación del medio biótico. Estricto cumplimiento de lo dispuesto en la Res. 342/17, Manual de Buenas Prácticas Ambientales de Obras.

E) Debe cumplir con la normativa en especial la que a continuación se detalla:

I. Ordenanza N° 5203. Enrarecimiento del Aire...

II. Ordenanza N° 7104. Prohíbase la contaminación o degradación de los suelos, del agua, de la flora y de la fauna, y su Decreto Reglamentario N° 211-E-98...

III. Ordenanza N° 9612. Gestión de Residuos, desechos o desperdicios, y su Decreto Reglamentario N° 144-E 99 Gestión de Residuos No Convencionales.

IV. Ordenanza N° 9612/97 y Ley Nacional 24.051 (Gestión de Residuos, desechos y desperdicios) y su Decreto Reglamentario N! 144-E-99 (Gestión de Residuos No Convencionales).

V. Ordenanza N° 12.648: Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos.

VI. Ordenanza N° 10.311 Impedir la formación de larvas mosquitos...

VII. Ordenanza N° 10.926 Obligatoriedad de Control de Vectores...

VIII. Ordenanza N° 12.051. Establece implementar medidas de ahorro de agua...

IX. Ordenanza N° 12.208. Prohibición de causar o estimular ruidos innecesarios o excesivos.

X. Ordenanza N° 12.260. Regula daños y pasivos ambientales.

XI. Ordenanza N° 12.472. Arbolado Público Urbano...

XII. Ordenanza N° 11.702 Creación de la Reserva Natural Urbana Parque San Martín y Decreto Reglamentario.

XIII. Disposiciones vigentes en la materia, tanto en las normativas Municipales, como Provinciales y Nacionales.

Artículo N° 2: En caso del incumplimiento de cualquiera de las normas descriptas precedentemente y/o de las condiciones anteriores, la presente Autorización Ambiental quedará revocada de pleno derecho.

Artículo N° 3: En caso de producirse modificaciones en la propuesta, fundamentalmente los referidos a la duración de la obra, cambio de condiciones o responsables del trabajo a realizar, y/o se manifestase impacto severo o crítico sobre el ambiente deberá ser comunicado de inmediato a la Dirección de Evaluación de Impacto Ambiental, de corresponder suspender la actividad hasta determinar las causas que generan los mencionados impactos y hasta que estos sean corregidos.

Artículo N° 4: Emitir la presente Declaración de Impacto Ambiental al PROYECTO "Obras de Readecuación de instalaciones auxiliares de cancha de Hockey sintética", presentado por la Subsecretaría de Deportes y Recreación de la Municipalidad de Córdoba, por medio del Lic. Augusto J. Alonso Directo de Deportes Institucional Federado, en cumplimiento de la Ordenanza N° 9847 y su Decreto Reglamentario N° 3312/2010, a ejecutarse en el predio del Camping Municipal General San Martín —Zona de Uso Intensivo de la Reserva Natural Urbana— calle Miguel Lillo s/n, B° Parque Chateau Carreras, designación catastral 10-01-001-038; 10-01-002-001 a 005; 10-01-003-001 a 013; 10-01-004-001, Ciudad de Córdoba..." (fs. 501/504).

3.- En relación a las citadas Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) dictadas por la Comisión del Ambiente de la Municipalidad de Córdoba surge, como dijimos, que han sido otorgadas en "forma condicionada" (cfr. fs. 72 y vta. y fs. 503/504).

Si bien la Ordenanza N° 9847 admite que las DIA puedan ser condicionadas (arts. 3 y 26 ib.), al no adecuarse al artículo 12 de la LGA, estas previsiones resultan violatorias del principio de congruencia consagrado en el artículo 4 de la LGA, no superando en consecuencia el test de complementariedad que rige en la materia (arts. 41 y 31 de la CN).

Sobre el particular ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "...la decisión de la Corte local de no considerar los fundamentos de la actora tendientes a demostrar que la resolución 35/2009 —en cuanto aprobó el Informe de Impacto Ambiental en forma condicionada— era manifiestamente ilegal y arbitraria y que, en consecuencia, el amparo resultaba ser la vía idónea para cuestionar este aspecto de la pretensión y evitar así un daño inminente al medio ambiente, no constituye un acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias, por lo que corresponde

su descalificación...” (CSJN *in re* “Martínez” Fallos: 339:201).

Asimismo ha señalado 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)...” (CSJN *in re* “Mamani, Agustín Pío y otros c. Estado Provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram SA s/ recurso” Fallo del 05/09/2017).

Tal doctrina ha sido reiterada recientemente por el mismo Tribunal, al afirmar “Que por otra parte, el actor sostuvo que los magistrados del superior tribunal habían omitido valorar los hechos y los distintos elementos probatorios que eran conducentes para la solución de la causa y, además, que existió un obrar complaciente de la administración que causó un impacto negativo en el ambiente. En efecto, de los expedientes administrativos, tal como se detalló en el considerando 7°, se evidencia una alteración negativa al ambiente, incluso antes de la aprobación condicionada del Estudio de Impacto Ambiental (resolución 340/2015). Vale destacar que el tribunal superior, al valorar la citada resolución —y el decreto 258/2015 que suspendió sus efectos—, omitió considerar, que “...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 (conforme arts. 2 y 21 del decreto provincial 4977/2009 —conforme art. 84 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos—, y arts. 11 y 12 de la ley 25.675 y Fallos: 339:201 y 340:1193)...” (cfr. CSJN *in re* Majul, Julio J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ Acción de Amparo Ambiental - 11/07/2019 - Fallo 342:1203).

4.- Por otra parte y en cuanto al contenido sustancial de las citadas Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), el Tribunal mediante proveído de fecha 04/07/2019 fs. 662), atendiendo al requerimiento de la Sra. Fiscal de Cámara formulado mediante Dictamen N° 309 de fecha 27/06/2019 (fs. 648/659 vta.), emplaza a la demandada para que acompañe determinada documental que permitiera verificar el cumplimiento de las previsiones ambientales contenidas en el marco normativo aplicable.

No obstante tal requerimiento de información y como se analiza más abajo, la Municipalidad de Córdoba no adjuntó documentación ni constancia alguna que permitiera justificar, específicamente, la correcta aplicación de la Ordenanza N° 9847, reguladora del Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, y la Ordenanza 11.702 de creación de la Reserva Natural Urbana General San Martín declarada Patrimonio Ambiental de la Ciudad de Córdoba; normativa que, como se dijo, debe cumplimentarse observando los lineamientos que surgen de la Ley General de Ambiente N° 25.675 y la Ley de Política Ambiental de la Provincia de Córdoba N° 10.208 y sus respectivos Anexos (I, II y III).

En efecto, se emplazó a la Municipalidad de Córdoba para que acompañara la siguiente documentación, a saber:

“1) Informe de la Autoridad de aplicación de la Ordenanza N° 11.702 sobre la capacidad de carga de la reserva natural, cantidad estimativa de asistentes y vehículos que puedan acceder a las zonas de uso intensivo, para desarrollar las actividades educativas y recreativas previstas en la misma (art. 5 inc. c) ib.).

2) Todas las actuaciones administrativas que dieron origen y concluyeron con el dictado de las Declaraciones de Impacto Ambiental Nros. 1348/2017 y 1385/2019.

3) El acto administrativo expreso por el cual se hubiere eximido al proponente del aviso de proyecto del cumplimiento de la obligación de acompañar, en oportunidad de presentar el proyecto original y su ampliación, los estudios e informes de impacto ambiental correspondientes, suscritos por profesionales y centros de investigación habilitados y, en su caso, el acto administrativo expreso por el cual se hubiere eximido al caso singular de la necesidad de realizar audiencia pública previa u otro mecanismo de participación ciudadana.

4) Constancias de difusión del aviso de proyecto, en su caso de los informes y estudios de impacto ambiental, y de las Declaraciones de Impacto Ambiental emitidas.

5) La actuaciones administrativas que acrediten la intervención de la Subsecretaría de Ambiente en forma previa a la extracción de los árboles ubicados en las inmediaciones de la cancha de hockey del camping municipal de la Reserva Natural Urbana General San Martín, así como de los estudios técnicos que hubiesen servido de sustento a tal decisión".

En respuesta a este requerimiento, la Municipalidad de Córdoba bajo el título "Cumplimenta Proveído" (fs. 703), acompaña los informes producidos por las dependencias municipales competentes.

Asimismo, dice que acompaña "informe de Capacidad de carga, de personas y de vehículos producido por la Subsecretaría de Ambiente".

Sin embargo, como bien advierte la Sra. Fiscal de Cámara, dicha aseveración no es exacta, toda vez que el informe que acompaña, si bien está dirigido al Señor Subsecretario de Ambiente, ha sido producido por la Dirección de Programación y Gestión Ambiental de la Municipalidad de Córdoba, que no es la Autoridad de Aplicación de la Ordenanza N° 11.702.

Por otra parte, el informe citado estima la capacidad de carga de la reserva en dos mil quinientas (2.500) personas y trescientos vehículos, sin acreditar rigor técnico alguno, ya que —según señala— efectúa la estimación sobre la base de "la capacidad operativa determinada por la infraestructura instalada y la ocupación histórica del camping", que según la citada Dirección "ha demostrado no generar un impacto significativo negativo sobre la zona de conservación en un contexto del uso social normal", agregando: "De la misma forma, la cantidad de vehículos se estimó en 300, considerando los antecedentes y la superficie disponible para localizarlo en un marco ordenado y contenido como la actual cancha auxiliar de Hockey".

La repartición informante señala que "Se adjuntan a modo de ejemplificar las planillas de ingreso de personas tanto al área de camping como Natatorio durante la temporada estival 2016/2017 y 2017/2018" (sic., fs. 668).

Repárese que la "Capacidad de carga" es un criterio que rige la conservación y uso de la Reserva natural y "Se entiende por tal a la capacidad de un ecosistema para sustentar organismos sanos y mantener al mismo tiempo su productividad, adaptabilidad y capacidad de renovación" (cfr. art. 4° inc. e)).

Desde esa perspectiva, entonces, en la determinación de la capacidad de carga de la Reserva Natural adquiere una sustancial relevancia su ponderación en forma conjunta con los restantes criterios que establece el art. 4 ib.; en especial el criterio de enfoque eco sistémico (art. 4 inc. d) ib) y el criterio de que la naturaleza será de uso público, "lo que implica que la Reserva es accesible a los habitantes de la ciudad de Córdoba y visitantes, en tanto dicha accesibilidad sea coherente con la conservación de los bienes naturales y el Plan de Manejo" (art. 4 inc. f).

Recordemos que el Plan de Manejo se define como "las pautas de administración a ser aplicadas en las zonas establecidas en el Art. 4° de la presente ordenanza, a saber: a) Pautas de Monitoreo Ambiental....y b) Pautas de Contingencias para establecer las formas de prevención y actuación ante "los eventos que menciona la norma (art. 12, Ordenanza 11.702).

La determinación de la Capacidad de carga de la Reserva con la introducción de las obras referidas en la Reserva Natural y, a la vez, el análisis circunstanciado del uso previsto de ellas, de haber sido correctamente realizado, debiera contar con los antecedentes y estudios técnicos que sirvieron de sustento.

Sin embargo, como dije, las planillas que adjunta la Municipalidad demandada a fs. 669/671— solo referidas a "Estadísticas Camping 2016/2017"— carecen de cualquier valoración y/o examen técnico que refiera a los aspectos antes señalados pues no se aporta ningún elemento a partir del cual se puedan extraer las conclusiones a las que se arriban —capacidad de carga de la reserva estimada en dos mil quinientas personas y trescientos vehículos, sin impacto negativo en la zona de conservación—. Semejante omisión reviste una trascendencia significativa en esta causa pues pone en evidencia que las afirmaciones de las DIA en cuanto a la Capacidad de carga, se enuncian de modo dogmático y carentes de sustento alguno.

Al respecto, cabe advertir que mediante el punto 4 del Dictamen N° 309/2019 de la Sra. Fiscal de Cámara, se dejó de lado el Informe Nota N° 004 del 25/01/2019 de la Dirección de Programación y Gestión Ambiental, también dirigido al Sr. Subsecretario de Ambiente, por no ser la Autoridad de Aplicación de la Ordenanza N° 11.702 (vid fs. 700) y por no poseer fundamento técnico en orden a la estimación de la capacidad de carga de la reserva. Sin embargo, la Municipalidad de Córdoba, a fs. 668, y tras un nuevo requerimiento, otra vez acompaña informe de la misma autoridad que el descartado y carente de todo rigor técnico, tal como señala el Dictamen N° 485/2019 (fs. 709/745 vta.).

Por otra parte, tampoco se acompañó documentación técnico-ambiental que permita justificar la regularidad del Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental llevado a cabo.

En efecto, en cuanto a la respuesta de la Municipalidad de Córdoba al requerimiento que le fuera for-

mulado en el punto 3 de la documental solicitada en el Dictamen N° 309/2019 para que acompañara, si existiere, el acto administrativo expreso por el cual se hubiere eximido al proponente del aviso de proyecto, del cumplimiento de la obligación de acompañar, en oportunidad de presentar el proyecto original y su ampliación, los estudios e informes de impacto ambiental correspondientes y, en su caso, el acto administrativo expreso por el cual se hubiere eximido al caso singular de la necesidad de realizar audiencia pública previa u otro mecanismo de participación ciudadana, la demandada respondió:

"Hago presente que no existió eximición alguna de aviso de proyecto en relación a la ampliación, como reiteradamente se ha hecho constar en autos, acompañándose nuevamente la Resolución de la Comisión de Ambiente de su Aprobación, por lo que la respuesta al punto 3) de la requisitoria de la Sra. Fiscal no corresponde efectuarla en los términos en que ha sido formulada, con base en una plataforma fáctica inexistente".

Recordemos que el Aviso de Proyecto es la "Declaración con la que se inicia el proyecto de Evaluación de Impacto Ambiental en el que se describe el Proyecto o actividad a realizar y se evalúa de modo sumario su posible impacto ambiental y social, proponiendo las posibles acciones para mitigarlo..." (cfr. Ord. N° 9847) Ciertamente, efectuada en tales términos la solicitud de información y dada la importancia sustancial que reviste el citado recaudo en el proceso ambiental, es evidente que la demandada debía indicar cuál fue el trámite llevado a cabo y las razones que motivaron el trámite impreso al Aviso de Proyecto y no otro, si existía un acto expreso de eximición a favor del proponente del aviso de proyecto, tanto respecto de la obligación de acompañar los estudios e informes de impacto ambiental, como, en su caso, de la obligación de realizar audiencia pública u otro mecanismo de participación ciudadana.

En otros términos, la falta de remisión de la documental solicitada en el punto 3 del Dictamen N° 309/2019 pone en evidencia la ausencia de análisis y estudios previos por parte de la demandada que permitan justificar las razones o motivos por las cuales la Secretaría de Ambiente llevó a cabo el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental del modo en que lo hizo.

La conclusión precedente se confirma también mediante la respuesta de la Municipalidad demandada a lo requerido en relación a "2) Todas las actuaciones administrativas que dieron origen y concluyeron con el dictado de las Declaraciones de Impacto Ambiental N° 1348/2017 y 1385/2019", a lo que aquella se limita a responder: "obra en autos el Expediente N° 044103/17, en la que obra constancia de los pasos de ley seguidos" (textual, fs. 703), sin hacer referencia circunstanciada del modo en que dichos pasos fueron cumplimentados en el *sub lite*.

6.- Las DIA aprobadas mediante la Resolución DIA N° 001348 Serie "A" de fecha 14/12/2017 (fs. 71/72 vta.) y su posterior, la Resolución DIA N° 001385 Serie "A" de fecha 09/01/2019 (fs. 501/504), tampoco han cumplido con la exigencia de participación ciudadana, la cual es un instancia obligatoria en todo proceso de evaluación de impacto ambiental y previa a toda Declaración de Impacto Ambiental. En efecto, el artículo 19 de la LGA prevé que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general.

Por su parte el artículo 20 ib. exige a las autoridades "institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente", y agrega que si bien la opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; en caso de que estas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública.

En concordancia con la normativa nacional, el artículo 13 de la Ley 10.208 establece que la Autoridad de Aplicación instrumentará como parte integrante de todo procedimiento administrativo de Evaluación de Impacto Ambiental, con carácter obligatorio y previo al otorgamiento o denegatoria de la Licencia Ambiental, audiencias públicas u otros mecanismos que aseguren la participación ciudadana de acuerdo a lo que establece la presente Ley.

A su turno, el artículo 35 de la citada ley de política ambiental de la Provincia de Córdoba —10.208— prescribe: "Se establece a la audiencia pública como procedimiento obligatorio para los proyectos o actividades que estén sometidas obligatoriamente a Evaluación de Impacto Ambiental enunciados en el Anexo I de la presente Ley. La Autoridad de Aplicación debe institucionalizar las audiencias públicas y establecer los otros mecanismos de consulta para los demás proyectos que no están sometidas obligatoriamente a Evaluación de Impacto Ambiental.

Las audiencias públicas y demás mecanismos de consulta se realizarán en forma previa a cualquier resolución, con carácter no vinculante y de implementación obligatoria...".

Si bien la participación ciudadana está expresamente prevista, a través de audiencia pública, en el artículo 23 de la Ordenanza N° 9847 y su reglamentación, no la consagran con carácter obligatorio en todos los casos que deben ser sometidos obligatoriamente al proceso de evaluación de impacto ambiental conforme a la enumeración que efectúa el artículo 6 de la Ordenanza citada.

Por otro lado, el artículo 32 ib. establece que "La DIA sin el pronunciamiento técnico fundado o la Audiencia Pública Previa, en los casos que corresponda, serán nulas". - enfasis agregado —.

Empero, no surge de autos las razones por las cuales la demandada omitió la realización del procedimiento de Audiencia Pública dispuesto en los artículos 23 y 32 de la Ordenanza N° 9847, ni tampoco brindó los motivos que, en su caso, consideró para soslayar cualquier otro mecanismo de participación ciudadana, que sí constituye una instancia obligatoria y previa a toda Declaración de Impacto Ambiental.

El brindar las razones que llevaron a la Autoridad Administrativa para obrar del modo descripto constituye un imperativo constitucional ineludible toda vez que la interpretación y aplicación de las normas municipales analizadas debe efectuarse de manera complementaria y congruente con el resto de las disposiciones que conforman el marco normativo ambiental aplicable (cfr. artículos 41 y 31 de la Carta Magna y tal como lo establece el art. 4 del artículo 4 de la Ley 10.208 y concs.).

Esta omisión afecta sustancialmente la regularidad de las DIA aprobadas mediante la Resolución DIA N° 001348 Serie "A" de fecha 14/12/2017 (fs. 71/72 vta.) y su posterior, la Resolución DIA N° 001385 Serie "A" de fecha 09/01/2019 (fs. 501/504) toda vez que carecen de un requisito vital impuesto por el ordenamiento vigente sobre la materia. En tal sentido, el TSJ ha señalado mediante el Auto Interlocutorio N° 43 18/05/17 que "...el otorgamiento o denegación de la Licencia Ambiental se producirá una vez verificado el cumplimiento acabado de las condiciones establecidas en la Ley N° 10.208 (LPA), especialmente en lo atinente al proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (Capítulo IV, arts. 13 a 34) y a la valoración de las opiniones, ponencias, informes técnicos y científicos que surjan del proceso de participación ciudadana (art. 29). A tal fin, el legislador ha introducido una exigencia vital para garantizar la validez formal y sustancial de la mencionada habilitación, consistente en la obligación de exponer y fundar los motivos por los cuales arriba a tal decisión cuando la misma resultare contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública, especialmente en el caso de las opiniones u objeciones formuladas por quienes participaron en ella (art. 29)...". Por cierto, no desconozco que los recaudos así establecidos para el otorgamiento de la Licencia Ambiental surgen de los términos de la Ley 10.208 y su reglamentación. Es que, en virtud del principio de congruencia y complementariedad aplicables en esta materia (cfr. art. 4, Ley 25.675 e inc. a) art. 4 Ley 10.208 y concs.), corresponde que aquellos recaudos sean también contemplados materialmente en el dictado de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) dispuesta en los artículos 10, 11 y 26 y ss. de la Ordenanza 9847.

Como vemos, la falta de exposición en las DIA de los motivos del apartamiento del procedimiento de audiencia pública —y/o de un mecanismo sucedáneo de participación ciudadana— de modo de canalizar la opinión y objeciones de los interesados constituye una omisión que, aunada a otros elementos que surgen de la presente causa, importa invisibilizar a los interesados en esta temática que, desde hace tiempo, vienen procurando —sin éxito hasta ahora— ser escuchados en cuanto a los planteos que formulan.

Nótese la sucesión de "hechos nuevos" denunciados por la parte actora (v.gr. fs. 210/218, 374/385 vta., 388/396 vta., 623/624) que, además de poner en evidencia que las objeciones formuladas en esas presentaciones no han sido adecuadamente respondidas por la demandada, revelan la necesidad de la participación útil por parte de los interesados que, reitero, no ha sido contemplada en el procedimiento de emisión de las DIA referidas.

7. En este punto es esencial precisar que el procedimiento del Estudio de Impacto Ambiental ha tenido éxito en muchos países y que los estudiosos de esta materia suelen hacer énfasis en la conveniencia de que se respondan a ciertos criterios, entre los que se encuentra "Que el público haya sido suficientemente informado teniendo ocasión de manifestar opiniones y de contrastarlas con otros criterios, lo que especialmente es importante para los que inicialmente tienen prevenciones o muestran reticencias ante la acción. Estos negativos posicionamientos pueden desaparecer, como de hecho sucede frecuentemente si se convence objetivamente a los que los sustentan, de lo infundado de sus posturas, o de la existencia de intereses superiores, que aconsejan seguir adelante con el proyecto..." (vid. Ramón Martín Mateo Tratado de Derecho Ambiental Vol. 1. Trivium, Madrid, 1991, p. 318); cuestión esta última, respecto de la cual la autoridad conserva sus potestades según la normativa vigente, pese a lo cual apenas se la relevó superficialmente.

En forma coincidente, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación "...que en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del

bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro (Fallos: 329:2316). En ese sentido, la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana" (considerando 8°). (cfr. csd. 8 *in re* "Martínez, Sergio R. c. Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", 02/03/2016).

En definitiva, como lógica consecuencia de lo antes expuesto, la omisión de la realización de audiencia pública o consultas, en tanto instancias obligatorias en los procesos de evaluación de impacto ambiental y previa a la declaración de impacto ambiental, conlleva a la nulidad de las resoluciones emitidas por la demandada (arts. 19 y 20 de la LGA, arts. 13 y 28 de la Ley 10.208 y art. 23 de la Ordenanza N° 9847).

V. En virtud de las consideraciones efectuadas y atento que las Resoluciones N° 1348/2017 y 1385/2019 dictadas por la Comisión del Ambiente de la Municipalidad de Córdoba, al haber incumplido la normativa específica, Ordenanzas N° 11.702 y 9847, y los presupuestos mínimos consagrados en la LGA 25.675, y complementados en la Ley 10.208, corresponde ordenar el cese inmediato de toda actividad sobre la cancha de hockey y disponer que la Municipalidad de Córdoba retrotraiga el estado de cosas al momento anterior a la instalación de esa intervención, removiendo las alfombras sintéticas de césped y realizando todas las acciones necesarias para la restauración del suelo, a las condiciones naturales existentes al momento anterior.

Por lo expuesto, a la primera cuestión voto afirmativamente.

Así voto.

2ª cuestión. — La doctora *De Guernica* dijo:

Considero corresponde:

I. Hacer lugar parcialmente a la acción de amparo promovida por la Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín en contra de la Municipalidad de Córdoba y la Federación Amateur Cordobesa de Hockey; y en consecuencia, ordenar a las demandadas en las esferas de sus competencias: a) que en caso de eventos deportivos de alta concurrencia que se organicen en el Camping Municipal San Martín (Zona de Uso Intensivo de la Reserva), los mismos constituyan la única actividad diaria a desarrollarse en el predio, debiendo permanecer cerrado el camping municipal para cualquier otro tipo de actividad, medida que tiene por objeto extremar los cuidados en cuanto a concurrencia de asistentes, para evitar el impacto negativo en la reserva. A tal fin, hasta tanto se realice el estudio al que se hará referencia en el punto

II. siguiente, deberá estarse a la "capacidad de carga" estimada por la Subsecretaria de Ambiente (2500 personas y 300 vehículos), debiendo adecuarla una vez obtenido el resultado de aquel. b) en los eventos deportivos a los que se hace referencia precedentemente, deberán acatarse las prohibiciones del art. 14 de la Ordenanza 11.702, siendo responsabilidad de los organizadores proveer a su cumplimiento, bajo apercibimiento de las sanciones contractuales, contravencionales y penales que pudieran corresponderles; c) intervención previa de la Unidad de Manejo de la Reserva, frente a toda medida y/o trabajo o intervención que pretenda realizarse a los fines de evitar cualquier impacto negativo y resguardar el medioambientecomo bien jurídico público de titularidad colectiva"

II. Ordenar a la Municipalidad de Córdoba que, dentro del plazo perentorio de sesenta días acompañe al Tribunal un estudio relacionado con la capacidad de carga de la Zona de Uso Intensivo de la Reserva Natural Urbana Parque General San Martín, realizado por algún organismo imparcial de trayectoria en la materia, que permita determinar las condiciones de uso del área, para eventos como los que se trata, sin perjuicio del resto del sistema.

III. Imponer las costas del presente por el orden causado, regulando los honorarios profesionales del Dr. Héctor Daniel Tognarelli en la suma equivalente a 40 ius.- Así voto.

La doctora *de Gallardo* dijo:

Corresponde:

I. Hacer lugar a la acción de amparo ambiental interpuesta por la Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín, con los alcances sustanciales establecidos en este pronunciamiento.

II. Ordenar el cese inmediato de toda actividad sobre la cancha de césped sintético sobre agua.

III. Ordenar la restitución y recuperación de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín al estado anterior al momento de la instalación de la chancha de hockey de césped sintético sobre agua, ordenando la remoción de las alfombras sintéticas y la recuperación del suelo de césped natural, para el uso meramente recreativo del Camping Municipal, exhortando a la Municipalidad de Córdoba al cumplimiento íntegro del objeto, de los fines y de las prohibiciones es-

tablecidas en la Ordenanza N° 11.702 y la normativa complementaria.

IV. Emplazar a la Municipalidad de Córdoba para que en el término de noventa días hábiles administrativos, presente a este Tribunal, mediante la actuación de la Autoridad de Aplicación de la de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín —Secretaría de Ambiente o la que la suceda— un "Plan de Gestión Ambiental" para la realización de las tareas de restitución, recuperación y conservación, que asimismo incluya una Auditoría Ambiental sobre Plan de Gestión para vigilar su cumplimiento. V.- Emplazar a la Municipalidad de Córdoba para que, a través de la Autoridad de Aplicación —Secretaría de Ambiente o la que la suceda— realice Auditorías Ambientales de Cumplimiento sobre los estándares ambientales garantizados por la Ordenanza N° 11.702 y la normativa complementaria para la conservación de la reserva a perpetuidad, con la participación de la Unidad de Manejo de la Reserva. VI.- Imponerlas costas de este proceso por el orden causado.

Así voto.

El doctor *Massimino* dijo:

Por las razones expuestas, adhiero al desenlace que propone la Sra. Vocal de segundo voto; razón por la cual me pronuncio en igual sentido.

Así voto.

Por ello, normas legales citadas, de conformidad a las previsiones del art. 382 del Cód. Proc. Civ. y Comercial por remisión del art. 13 del CMCA y del Acuerdo N° 07 Serie "A" de fecha 06/02/2020 (BO 11/02/2020), por mayoría, se resuelve: I. Hacer lugar a la acción de amparo ambiental interpuesta por la Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín, con los alcances sustanciales establecidos en este pronunciamiento. II. Ordenar el cese inmediato de toda actividad sobre la cancha de césped sintético sobre agua. III. Ordenar la restitución y recuperación de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín al estado anterior al momento de la instalación de la cancha de hockey de césped sintético sobre agua, ordenando la remoción de las alfombras sintéticas y la recuperación del suelo de césped natural, para el uso meramente recreativo del Camping Municipal, exhortando a la Municipalidad de Córdoba al cumplimiento íntegro del objeto, de los fines y de las prohibiciones establecidas en la Ordenanza N° 11.702 y la normativa complementaria. IV. Emplazar a la Municipalidad de Córdoba para que en el término de noventa días hábiles administrativos, presente a este Tribunal, mediante la actuación de la Autoridad de Aplicación de la de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín —Secretaría de Ambiente o la que la suceda— un "Plan de Gestión Ambiental" para la realización de las tareas de restitución, recuperación y conservación, que asimismo incluya una Auditoría Ambiental sobre Plan de Gestión para vigilar su cumplimiento. V.- Emplazar a la Municipalidad de Córdoba para que, a través de la Autoridad de Aplicación —Secretaría de Ambiente o la que la suceda— realice Auditorías Ambientales de Cumplimiento sobre los estándares ambientales garantizados por la Ordenanza N° 11.702 y la normativa complementaria para la conservación de la reserva a perpetuidad, con la participación de la Unidad de Manejo de la Reserva. VI. Imponerlas costas de este proceso por el orden causado. Protocolizar, incorporar copia y notificar de oficio por e-cédula. Se certifica que la Sra. Vocal Dra. Cecilia María de Guernica participó en la deliberación y emitió su voto, sin suscribir la presente resolución, conforme al Acuerdo Reglamentario Nro. 1622 Serie "A" del 13/04/2020, Resolución de Presidencia Nro. 76 del 08/05/2020 y art. 120 del C.P.C.C. — *María I. Ortiz de Gallardo. — Leonardo F. Massimino.*

Los principios y normas ambientales aplicados a un fallo ejemplar

Carlos Aníbal Rodríguez (*)

I. En el fallo que comentaremos vemos claramente cómo se aplican las normas del derecho ambiental, las prescripciones del derecho humano ambiental y los principios del derecho ambiental en un caso que considero ejemplar.

En la interpretación de la ley deben tenerse en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2º del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En este caso vemos cómo las normas jurídicas vigentes, los tratados de los derechos humanos ambientales y los principios del derecho ambiental juegan un rol fundamental en la solución de un caso complejo, de largo análisis (125 páginas), que trataremos de sintetizar.

Es más, el fallo se da el lujo, inclusive, de sintetizar el fallo en lenguaje y lectura fácil, lo que considero una innovación a resaltar en un fallo de nuestros tribunales.

Finalmente, haremos una contrastación con los 95 Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sustentable, aprobados en la XIX Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, de 2018.

Entiendo que tales Principios parten de la base de su universalidad: Principio 24. Universalidad [art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 2º, nro. 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Principio 9 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en Materia Ambiental, y art. 2º, nro. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos].

Son universales los Derechos Humanos y los relativos al medio ambiente, en cuanto se extienden a todo el género humano, en todo tiempo y lugar, en razón de la esencial unidad de naturaleza del hombre, cualquiera sea su condición histórica o geográfica, su raza, sexo, edad o situación concreta en la sociedad. Se derivan de la dignidad inherente e igual de todas las personas.

II. Trataremos de analizar el fallo de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de 2ª Nominación de Córdoba, del 23/09/2020, en autos "Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín c. Confederación Argentina de Hockey y otros - amparo ambiental" (expte. 6930120, res. 42, t. 2, folio 376-438).

III. El caso: "Mediante una acción de amparo, la Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín, impugna el accionar lesivo de las demandadas, consistente en la construcción de una cancha de hockey sobre césped sintético con agua en el Camping Municipal San Martín, zona de uso intensivo de la Reserva Natural y los daños derivados de la misma, cuales son la extracción arbórea y la alteración de la flora y fauna del lugar ante la realización de espectáculos públicos (partidos de hockey), convocantes de gran cantidad de personas al lugar.

"El amparista fundamenta la ilegitimidad del accionar de la Administración, en las disposi-

(*) Abogado. Doctor en Derecho (UNNE). Máster en Derecho Ambiental. Especialista en Derechos Humanos (Universidad del País Vasco, España). Magíster en Derecho Fundiario y Empresa Agraria (UNNE). Exjuez de la Excma. Cámara Civil y Comercial de Corrientes. Profesor titular por concurso de Derecho Agrario y Ambiental y de Economía Política (UNNE). Docente de posgrado en el país y en el extranjero.

ciones de la ordenanza 11.702 de creación de la Reserva, que impediría tal intervención. Solicita la remoción de las obras y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior.

"La Reserva Natural Urbana al Parque General San Martín (RNU), fue creada por ordenanza 11.702, declarándosela Patrimonio Ambiental de la Ciudad de Córdoba (art. 1º).

"La demandada Municipalidad de Córdoba, considera que su accionar se ajusta a lo dispuesto en la ordenanza 11.702, sin afectar la capacidad del predio, estando alineada a los objetivos de protección y conservación del área; afectando una zona definida como de uso intensivo. Postula la inadmisibilidad de la acción en los términos del art. 2º, incs. a), d) y e), de la ley 4915. Cuestiona, asimismo, la legitimación activa de la amparista.

"La demandada Federación Amateur Cordobesa de Hockey sobre Césped plantea su falta de legitimación pasiva, considerando que el solo hecho de ser quien aporta la carpeta y el sistema de riego, no resulta suficiente para traerlo al proceso; adhiriendo en forma subsidiaria al informe presentado por el municipio.

"Con relación a la falta de legitimación activa de la amparista, que postula la Municipalidad de Córdoba, debe decirse que el art. 43 de la CN confiere la misma a las asociaciones que propendan a la defensa de los derechos de incidencia colectiva en general.

"Asimismo, el art. 5º de la ley 4915 autoriza la demanda de las asociaciones, con o sin personería jurídica, siempre que justifiquen mediante sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público.

"Consecuentemente, a los fines de verificar la legitimación de la actora, basta con repasar los objetivos planteados en su Estatuto, cuyo art. 2º prevé que serán: fomentar la protección del Parque General San Martín, procurar su configuración como Reserva Natural Urbana, promover la conservación del bosque nativo, de su fauna y flora, propender a la recuperación de especies arbóreas, arbustivas y herbáceas, entre otros concordantes.

"Por tal motivo, la pretensión de la demandada Municipalidad de Córdoba en este sentido no puede prosperar" (del voto de la Dra. Cecilia M. de Guernica).

"La Federación Amateur Cordobesa de Hockey sobre Césped ausencia de legitimación pasiva para ser traída a este proceso.

"Es menester destacar que la ley 10.208 provincial de Ambiente, en su art. 73 establece que son sujetos pasivos de las acciones previstas en la misma, las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que en forma directa o a través de terceros sean responsables de hechos, actos u omisiones que generen perturbación, privación, daño, amenaza o menoscabo de los intereses difusos o derechos colectivos. Bajo tales lineamientos, y teniendo especialmente en cuenta que la Federación demandada, conforme los términos del acuerdo asumido con el municipio (fs. 92/94) no solo tiene a su cargo el financiamiento de la carpeta sintética y del riego de la cancha de hockey, sino que comparte con la Municipalidad de Córdoba el uso del estadio, organizando eventos deportivos, que son justamente los que denuncia la actora como lesivos al ambiente, la defensa ensayada por la codemandada debe ser rechazada" (del voto de la Dra. Cecilia M. de Guernica).

IV. Se aplicó en el caso la legitimación activa (y pasiva) amplia que consagran los arts. 30 y 32 de la ley 25.675 General de Ambiente, con relación a que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie, estando legitimadas expresamente las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental.

El Acuerdo de Escazú recientemente ratificado por ley 27.566 establece:

"1. Cada parte garantizará el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso. 2. Cada parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento. 3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada parte, considerando sus circunstancias, contará con: b) pro-

cedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos; c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional".

Los 95 Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sustentable dicen:

"*Principio 17* (Convenio sobre Acceso a la Información, Participación del Público en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Materia Ambiental: Convenio de Aarhus; Principio 10 de la Declaración de Río; y Puntos 99 y 238 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20).

"I. Acceso a la justicia en materia ambiental:

"a) Toda persona deberá tener la posibilidad de accionar la revisión de la decisión ambiental ante un órgano independiente e imparcial establecido por ley. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. b) Además, deberá velarse, en el marco de las respectivas legislaciones nacionales, porque los miembros del público interesados: i) Que tengan un derecho subjetivo comprometido; ii) Que tengan un interés para actuar o, iii) Que invoquen una acción popular; puedan presentar un recurso ante un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo y en cuanto al procedimiento, de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión. Lo que constituya interés y menoscabo a un derecho se determinará con arreglo a las disposiciones del derecho interno y conforme al objetivo consistente en conceder al público interesado un amplio acceso a la justicia en materia ambiental. 20. 1992. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. c) Sin perjuicio de lo anterior, se deberá velar por que los miembros del público que reúnen los criterios eventuales previstos por su derecho interno, puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vayan en contra de las disposiciones del derecho nacional ambiental. d) Además, los procedimientos a que se ha hecho referencia, deberán ofrecer recursos suficientes y efectivos, en particular una orden de reparación si procede, y deberán ser objetivos, equitativos y rápidos sin que su costo sea prohibitivo. e) Finalmente, y para que las disposiciones de la presente regla sean aún más eficaces, se deberá velar por que el público sea informado de la posibilidad que se le concede de iniciar procedimientos de recurso judicial, y se contemplará el establecimiento de mecanismos apropiados de asistencia encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que traben el acceso a la justicia. f) Resulta relevante a este respecto citar el Convenio de Aarhus, sobre Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente, adoptado en Aarhus, Dinamarca, el 25/06/1998. Dicho instrumento ha sido considerado el instrumento internacional más completo en lo que esta materia respecta, y ha sido ratificado por un importante número de países que han incorporado en sus legislaciones internas lo acordado en el mismo".

V. Analizadas las pruebas de autos, la primera votante, Dra. Cecilia M. de Guernica, propone dictar sentencia en los siguientes términos:

"En conclusión, considero que corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda incoada en autos, manteniendo y confirmando lo dispuesto oportunamente en la medida cautelar dictada en estos actuados a saber: a) que en caso de eventos deportivos de alta concurrencia, los mismos constituyan la única actividad diaria a desarrollarse en el predio, debiendo permanecer cerrado el camping municipal para cualquier otro tipo de actividad, medida que tiene por objeto extremar los cuidados en cuanto a concurrencia de asistentes, para evitar el impacto negativo en la Reserva. A tal fin, hasta tanto se realice el estudio al que se hace referencia en el punto precedente, deberá estarse a la 'capacidad de carga' estimada por la Subsecretaría de Ambiente (2500 personas y 300 vehículos), debiendo adecuarla una vez obtenido el resultado de aquel; b) en los eventos deportivos a los que se hace referencia en el punto anterior, deberán acatarse las prohibiciones del art. 14 de la ordenanza 11.702, siendo responsabilidad de los organizadores proveer a su cumplimiento, bajo apercibimiento de las sanciones contrac-

tuales, contravencionales y penales que pudieran corresponderles; c) intervención previa de la Unidad de Manejo de la Reserva, frente a toda medida y/o trabajo o intervención que pretenda realizarse a los fines de evitar cualquier impacto negativo y resguardar el medioambiente".

La segunda votante, Dra. María Inés Ortiz de Gallardo, parte de la base siguiente:

"Un *enfoque ecocéntrico de la tutela del ambiente y de la garantía del Estado de derecho ambiental*, me persuaden sobre la procedencia de una solución para el fondo del asunto traído a decisión de esta Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación, diferente al propuesto por la Sra. vocal Dra. Cecilia M. de Guernica, por lo cual, respetuosamente expreso los fundamentos en lo que justifico ese diferente desenlace".

VI. El enfoque ecocéntrico y sistémico de la tutela del ambiente ha sido consagrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros, en el fallo "Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental" (del 11/07/2019, CSJ 714/2016/RH1, LL AR/JUR/22384/2019).

Dijo la Corte Suprema: "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 solo los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (CS, Fallos 340:1695)".

Por otra parte, la propia Convención Constituyente de Santa Fe, que reformó la Constitución de 1994 y dio origen al actual art. 41 de la CN, si bien es básicamente antropocéntrica moderada, no descarta dicha concepción **(1)**.

En efecto, la convencional Sra. De Vallejos así lo resalta:

"Creo que las dos posturas más divergentes éticamente hablando, tanto la homocéntrica, como la biocéntrica o ecocéntrica, están contempladas en nuestro proyecto y están interrelacionadas para un mejor entendimiento de esta norma y de los valores que contemplan al hombre como persona así como a la Tierra en su conjunto, que es el lugar donde se desenvuelve Es por ello que en una interpretación amplia lo que se protege en general y no solamente la vida del ser humano" **(2)**.

El concepto de Estado de derecho ambiental es la vigencia de la ley dentro de un paradigma ambiental.

La importancia de este concepto tiene presentes dos facetas:

1. aplicar la ley en toda su extensión;

2. interpretar el Estado de derecho conforme con los principios ambientales **(3)**.

VII. Continúa la segunda votante:

"A partir de esta base conceptual, paso a desarrollar los fundamentos que justifican la decisión que propongo.

"Acuerdo con la Sra. vocal de primer voto Dra. Cecilia M. de Guernica, en la solución propuesta al punto de debate relacionado con la aducida *falta de legitimación activa de la Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín*, que planteó la Municipalidad de Córdoba.

"En esta acción y por el análisis de los antecedentes del dictado de la ordenanza 11.702, ha quedado acreditado que ha sido por la constante participación de la citada Asociación, que trabajó colaborativamente con la Municipalidad al tiempo de sancionarse dicha normativa, que se categorizó como 'Reserva Natural Urbana' al entonces 'Parque' General San Martín, lo que demuestra el claro compromiso social y de sostenibilidad y sustentabilidad ambiental que informan su objeto societario y que en los términos del art. 43 de la CN justifica categóricamente su legitimación procesal activa.

(1) RODRÍGUEZ, Carlos A., "Lecciones de derecho ambiental", Ed. Moglia, Corrientes, 2020, p. 95.

(2) Palabras de la convencional Sra. De Vallejos, *Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente,* 21/07/1994.

(3) LORENZETTI, Ricardo L. — LORENZETTI, Pablo, "Derecho ambiental", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 63.

"El derecho a un ambiente sano y a la calidad de vida ha encontrado espacio en la parte dogmática de las Constituciones y la vía de acceso a la justicia es la acción de amparo, que habilita el cauce de protección para la tutela judicial por las asociaciones que propendan a la defensa de los fines ambientales.

"Por consiguiente, la amparista tiene legitimación procesal activa para interponer este proceso de amparo ambiental, la que está expresamente reconocida y se infiere sin dificultad de la interpretación sistemática de los arts. 41 y 43 de la CN. 2.2. Igualmente comparto los fundamentos y conclusiones expuestos para desestimar la pretendida falta de *legitimación pasiva de la Federación Amateur Cordobesa de Hockey sobre Césped* (FACHCS) (...) si la pretensión objeto del presente amparo ambiental (demanda y expte. 6930120-29/125 ampliación) es que se ordene la remoción de las obras realizadas y la consecuente paralización de las actividades o espectáculos que allí se llevan a cabo, en violación de la normativa aplicable, en tanto son consideradas lesivas del derecho constitucional a un medioambiente sano, y la codemandada, por el Convenio en cuestión, tiene a su cargo la programación de las actividades que allí se realicen y la utilización de dichas obras para la realización de tales eventos, no cabe duda de su legitimación pasiva.

"En tales condiciones, la codemandada Federación Amateur Cordobesa de Hockey, es parte en su faz pasiva de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión actora, razón por la cual, en opinión de la suscripta, la defensa de falta de acción planteada por la Federación debe ser rechazada (...).

"Finalmente, comparto y acuerdo con los fundamentos y conclusiones expresados por la Sra. vocal de primer voto Dra. Cecilia M. de Guernica en cuanto a la desestimación de los argumentos defensivos desarrollados por la Municipalidad de Córdoba acerca de la *inadmisibilidad formal de la acción* de amparo ambiental, en coincidencia con los expresado por la Sra. fiscal de Cámara (fs. 721 vta. y ss.)".

VIII. Con relación a la cuestión ambiental de fondo, dice la Dra. María Inés Ortiz de Gallardo:

"Sin embargo, en cuanto a la cuestión de fondo, estimo que procede acoger la demanda, con un alcance diferente al circunscripto para la Sra. vocal que me precedió en el estudio de la causa. Por esta razón, propicio el acogimiento íntegro de la acción de amparo ambiental, merced a los fundamentos que expreso en las siguientes consideraciones:

"*La creación de la Reserva Natural Urbana General San Martín (RNU):* 4.1. La creación de la actual Reserva Natural Urbana General San Martín, fue precedida por la creación del 'Parque General San Martín' mediante *ordenanza 6933* (BOM 08/03/1979) (...).

"La *ordenanza* 7104 (BOM 21/06/1980) define como 'ambiente natural' al conjunto de áreas silvestres y sus elementos constitutivos dedicadas a otros usos del suelo que no sean los definidos como urbanos o agropecuarios, que incluyen como rasgos fisonómicos dominantes la presencia de bosques, pastizales, bañados, lagos y arroyos y cualquier otro tipo de formación ecológica inexplotadas o escasamente explotadas, con características nativas o seminativas; por extensión y con los agregados que correspondan, ecosistema natural.

"Entre sus objetivos declara de *interés público*, a los fines de su manutención, defensa y mejoramiento, *a todos los ambientes urbanos,* agropecuarios y *naturales,* con *todos sus elementos constitutivos* que por el valor que ellos encierran o representan, sean aptos para estimular la riqueza nacional, provincial y comunal en orden a la cultura, a la ciencia, a la técnica, a la recreación y particularmente en beneficio de la óptima calidad de vida dentro del ejido municipal de la ciudad de Córdoba (art. 2º).

"Los arts. 10 y 15 *prohíben toda acción que degrade o sea susceptible de degradar*, parcial o totalmente, a los individuos y poblaciones de la flora y de la fauna, con mayor razón si se trata de individuos o poblaciones de especies animales declaradas en peligro de receso o extinción por los organismos nacionales, provinciales y municipales (art. 18, *ib.*)".

Cita luego las disposiciones y los antecedentes que hacen a este espacio protegido:

"*La importancia de la Reserva*

"5.1. Tal como se explicita en la información pública ambiental, divulgada en el sitio web oficial de la Municipalidad de Córdoba, la Reserva se encuentra ubicada al noroeste de la ciudad abarcando una superficie de 114 hectáreas enmarcadas por el Río Suquía y el Canal Maestro Sur.

"Es la *única área protegida de la ciudad y constituye una zona de gran importancia biológica*, ya que corresponde a una zona de transición entre dos ecorregiones, el Espinal y el Chaco Serrano, albergando ecosistemas nativos representativos.

"Cuenta con una gran diversidad de especies tanto animales como vegetales, *conservando la última muestra del Espinal* dentro de la ciudad de Córdoba. En el sector de uso intensivo se encuentra el Camping Municipal, donde se desarrollan actividades deportivas y al aire libre.

"5.2. En coincidencia con esa descripción, la amparista agrega que es el *último relicto de bosque nativo de la ciudad de Córdoba, que protege una generosa biodiversidad del cruce entre el bosque chaqueño y el Espinal.* También hay arbustales y enredaderas propias de ese ecosistema; contiene variedades de algarrobos, talas, garabatos, chañares, quebrachos blancos, espinillos. Se han registrado ciento ochenta y dos [182] especies de aves, cuarenta [40] especies de mariposas, variada fauna (zorros, reptiles, coipos, comadrejas, serpientes, cuises, etc.)".

IX. Analiza luego las pruebas rendidas en autos, en especial los informes de los organismos administrativos, para llegar a la siguiente conclusión:

"La violación ostensible y manifiesta del 'objeto' de creación de la Reserva Natural Urbana se encuentra debidamente acreditado con la construcción de una cancha de hockey de césped sintético sobre agua, que reemplazó a la de fútbol 11 sobre césped natural, más obras de infraestructuras todas destinadas exclusivamente a los fines deportivos a nivel internacional, provincial y local, mediante la realización de espectáculos deportivos contrarios a los usos permitidos y violatorios de las expresas prohibiciones y de los deberes de conservación natural.

"Como expuso la Sra. fiscal de Cámara en su dictamen 485/2019 (fs. 738) las áreas naturales protegidas son áreas terrestres o marinas especialmente dedicadas a la protección y mantenimiento de la diversidad biológica y de los recursos naturales y culturales asociados, gestionadas mediante medios legales o efectivos de cualquier otro tipo [cfr. LORENZETTI, Ricardo, 'El paradigma ambiental', ps. 7/10, cit. por CAFFERATTA, Néstor A. (dir.) y otros, 'Derecho ambiental. Dimensión social', Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 541].

"En consonancia con la normativa referenciada 'En las áreas protegidas no puede permitirse ningún tipo de explotación o práctica de gestión que sea negativa o perjudique el ambiente. *Debe ser conservada conforme a los objetivos para los cuales fue creada*' (cfr. CAFFERATTA, Néstor A., ob. cit., p. 543).

"Desde un enfoque de análisis ecosistémico, fundamentado en el objeto, fin y prohibiciones expresamente establecidas en la ordenanza 11.702, asiste toda la razón en derecho, a la Asociación amparista cuando expresa que el paisaje resulta afectado negativamente por el reemplazo del césped natural, por sintético, tratándose de una Reserva Urbana Natural, lo que resulta claramente violatorio del art. 14 de la ordenanza 11.702/2009 que prohíbe 'c) Las actividades que modifiquen el paisaje o afecten el ambiente y sus elementos constitutivos, naturales y artificiales'. De todo ello se deriva que la arbitrariedad manifiesta surge de la violación —entre otros preceptos— de los arts. 5º, inc. c), y art. 14, incs. c), d) y ll)".

X. Con relación al paisaje, debemos tener presente que el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 241, establece expresamente que el "paisaje" constituye un límite al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes.

El paisaje es un objeto de regulación jurídica que constituye un híbrido entre el ambiente y la cultura; por ello, se vincula directamente con la regulación que se ocupa de la protección del patrimonio cultural y del ambiente **(4)**.

(4) SOZZO, Gonzalo, "Derecho privado ambiental. El giro ecológico del derecho privado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 412.

El paisaje es extremadamente vulnerable, ya que está en un delicado equilibrio ecológico; las actividades antrópicas originan una ruptura brusca del equilibrio natural y de su armonía estética. El paisaje se transforma en agresivo e inarmónico. La lesión al paisaje se produce con una alteración sustancial **(5)**.

XI. Continúa la camarista diciendo:

"Las actuaciones incorporadas a esta causa por ambas partes, son demostrativas de la *violación del principio del debido proceso ambiental* tanto por la omisión de realizar un estudio de impacto ambiental previo y fundado, no condicionado, cuanto por la omisión de la audiencia pública, más cuando se estaba imponiendo un cambio de uso de suelo de la Reserva, con un significativo apartamiento de los fines ambientales de conservación, protección y no degradación a perpetuidad.

"Estas omisiones, como se ha de analizar seguidamente, vulneran —además— los presupuestos mínimos ambientales que son normas y principios jurídicamente vinculantes para la Administración municipal.

"Las precisiones efectuadas ponen de manifiesto el amplio abanico protectorio que la legislación (entendida como un bloque coherente, integrado y comprensivo de fuentes de diversa jerarquía y origen, federal, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) acuerda al ambiente, en tanto condición imprescindible para la vida, la salud y el desarrollo humano".

También hace referencia a la violación de los presupuestos mínimos ambientales establecidos en la ley nacional 25.675 General del Ambiente, que establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

Y la ley nacional 26.331 sobre Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para el Enriquecimiento, la Restauración, Conservación, Aprovechamiento y Manejo Sostenible de los *Bosques Nativos*, y de los servicios ambientales que estos brindan a la sociedad, también consagra principios generales que son vinculantes para establecer la preferente tutela jurídica ambiental que protege a los bosques nativos existentes en todo el territorio nacional.

Los 95 Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sustentable dicen:

"*Principio 9. Debido proceso legal administrativo y judicial* (art. 8º, Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10, Declaración Universal de Derechos Humanos; apart. III, nro. 23, de la Carta Mundial de la Naturaleza; y Objetivo 16 de Desarrollo Sostenible de la Organización de Naciones Unidas).

"a) Toda persona tiene derecho a ser oída antes de la toma de decisiones susceptibles de producir daños al medio ambiente, para lo cual se deberá entregar la información necesaria que le permita entender, comprender y racionalizar las materias, organizarse, participar y asistir a las reuniones en que se adopten determinaciones sobre la materia, entregándosele respuesta concreta y fundada a sus observaciones. Los sistemas jurídicos deberán propender a que esta participación se encause en procedimientos que consideren efectivamente las opiniones de los interesados y crecientemente se les incorpore, como cuerpos organizados, en la toma de decisiones.

"b) El acceso a la justicia deberá ser amplio para toda persona, para aquellas que tengan interés legítimo y quienes tengan derechos subjetivos comprometidos en los temas ambientales, garantizando siempre y en todo caso el derecho a la revisión judicial de las decisiones administrativas sobre estas materias. En el contexto del proceso se instará por su desformalización, acción de oficio del tribunal en el impulso y agregación de antecedentes útiles para resolver la contienda, amplia actividad probatoria en torno a la forma cómo se prueba, el financiamiento de la prueba por el titular del proyecto, contemplando la posibilidad de presentar prueba sobre el carácter perjudicial de una medida referida al medio ambiente incluso con carácter prejudi-

(5) LORENZETTI, Ricardo L. — LORENZETTI, Pablo, "Derecho ambiental", ob. cit., p. 245.

cial e inquirir información previa sobre el carácter inocuo de un bien o servicio o de la obra cuya circulación o realización vayan a ser autorizadas y del derecho a solicitar la suspensión de la medida hasta no se hayan cumplido los requisitos legales. Se contemplará un amplio acceso a la interposición de los recursos, garantizando, a lo menos, una doble instancia o control de legalidad de las determinaciones de los magistrados".

XII. La aplicación de los principios jurídicos al caso. Fundamenta la camarista:

"Dado que la Reserva se integra al Sistema Nacional de Bosques Nativos, para llevar adelante esa acción de degradación se debió presentar el estudio de impacto ambiental regulado en los arts. 22 y ss. de la ley 26.331 que ponen en cabeza de la autoridad de aplicación de cada jurisdicción, someter el pedido de autorización a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental previo.

"10. *Inobservancia del principio de complementariedad de la normativa ambiental:*

"10.1. En virtud de toda la normativa señalada, si por caso se admitiera la potestad de la Municipalidad de Córdoba de aprobar la instalación de un 'estadio de hockey' para su uso deportivo, entre otros, con las Confederaciones y Federaciones, profesionales y *amateur*, de hockey masculino y femenino, quedaría palmariamente expuesto un supuesto de inobservancia o violación del principio de complementariedad de la normativa municipal con respecto a la nacional y provincial, pues se estaría admitiendo que los actos administrativos ambientales de la Municipalidad de Córdoba, estarían motivados en normas municipales 'no complementarias' de los presupuestos mínimos consagrados por el art. 41 de la CN y reglamentados por la ley 25.675 (ESAIN, José A., 'El control de complementariedad', LA LEY del 04/04/2019, ps. 1 y ss.).

"De allí que es operativo el principio de complementariedad para resolver esta acción de amparo, por cuanto su teleología hace primar la ley 25.675 y la ley 10.208 de Presupuestos Mínimos cuando las normas y los actos administrativos ambientales de la jurisdicción municipal, perforan los pisos mínimos de conservación y sostenibilidad ambiental".

Los 95 Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sustentable dicen:

"*Principio 8. Destinatarios del contenido de los principios.*

"Son destinatarios de los Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible: a) Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial; b) Los jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores y demás servidores que laboren o se relacionen con el sistema de administración de justicia de conformidad con la legislación interna de cada país o a nivel internacional; c) Los abogados y otros profesionales".

"11. *Inobservancia del principio de congruencia:*

"11.1. La ley 25.675 General del Ambiente, al establecer los 'principios de la política ambiental', en el art. 4º consagra que '[l]a interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:

"'Principio de congruencia: La legislación provincial y *municipal* referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, esta prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga'. En complementación y armonía con la ley nacional, la ley 10.208, en su art. 4º declara que '[l]a ejecución de la política ambiental provincial garantizará para su desarrollo el cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la ley nacional 25.675 —General del Ambiente— y sus presupuestos mínimos, tales como: a) Principio de congruencia: la legislación provincial, municipal y comunal referida a lo ambiental debe ser adecuada a los principios y normas fijados en la ley nacional 25.675 —General del Ambiente—; en caso de que así no fuere, esta prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga' (...).

"11.2. La operatividad de este principio en el caso concreto significa que la construcción del 'Estadio Municipal de Hockey Dr. Ramón Bautista Mestre', con cancha de césped sintético de

agua, tablero eléctrico, tribuna para más de mil (1000) espectadores, sistema de iluminación de ocho [8] torres y todas y cada una de la acciones e intervenciones realizadas al uso del suelo en la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín, violan los presupuestos mínimos ambientales garantizados por la normativa nacional y provincial, la que debió ser interpretada de manera congruente, armónica y sistemática, con un sentido holístico de la tutela jurídica del ambiente natural, que también le imponía la normativa de creación de dicha Reserva (ordenanza 11.702)".

Los 95 Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sustentable establecen:

"*Principio 28. Principio de interpretación dinámica* (art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 31 de la Convención de Viena, Principios 11 y 23 de la Declaración de Estocolmo; y Principio 11 de la Declaración de Río).

"Las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos y el medio ambiente son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales".

"*Principio 32. Principio de interpretación teleológica o finalista* [arts. 2º, nro. 2, 3º, 5º, 46, y 47 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 2º, nro. 1, 3º, 5º, nro. 2, 24, y 25 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y art. 3º, letras a) y b), de la Convención de Viena].

"Toda interpretación referida a los derechos humanos y ambientales deben basarse en el fin último que dichas normas persiguen, el cual consiste en la protección más amplia y efectiva posible de las personas".

"12. *Los principios de progresividad y no regresión en materia ambiental:* 12.1. Los principios de progresividad y no regresión, veda al legislador y al poder administrador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas (art. 75, inc. 23, CN).

"Este principio arquitectónico del derecho internacional de los derechos humanos también es una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional y tiene vinculación con el derecho humano al ambiente sano. Como expresa Prieur: '...[l]a regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituirá una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que lleva a imponer a dichas generaciones un medio ambiente degradado...' (PRIEUR, Michel, 'El nuevo principio de no regresión en el derecho ambiental', acto de investidura del grado de doctor *honoris causa*, Prosas Universitarias de Zaragoza, 21/06/2001, cit. por CAFFERATTA, Néstor A., 'Las generaciones futuras', RDAmb, nro. 62, abril-junio 2020, Ed. AbeledoPerrot — Thomson Reuters, p. 5).

"12.2. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano al que se le ha asignado la misión de vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional, se pronunció sobre los principios de progresividad y no regresividad en la Observación General 3 (UN Doc. E/1991/23, 1990). En esa ocasión, el Comité afirmó que los Estados partes tienen obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado, que deben adoptar a través de medidas que deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

"En particular señaló el Comité que 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. Existe una 'fuerte presunción' contraria a que dichas medidas sean compatibles con el Tratado (Observación General 14 —párr. 32— y 15 —párr. 19— y Observación General 18).

"12.6. El principio de no regresión debe ser analizado no solamente con relación al ejercicio de la función legislativa y reglamentaria de efectos jurídicos generales, sino también en lo referente al control de legalidad de la emisión de los actos administrativos ambientales de efectos jurídicos individuales o particulares, cuya declaración de voluntad administrativa productora

de efectos jurídicos directos, importe una disminución de la tutela jurídica efectiva del bien colectivo.

"12.7. Así, como acontece en este caso, el cambio del paisaje y del destino de conservación de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín por la construcción de una cancha de hockey de césped sintético sobre agua, con ánimo de convertirla en un 'estadio de hockey' para espectáculos deportivos internacionales, nacionales y locales, importa en los hechos una desafectación del uso público ambiental de la Reserva, mediante actuaciones administrativas claramente contrarias al principio de progresividad y no regresividad ambiental consagrado no solo en la ordenanza 11.702 [art. 4º, inc. a)], sino en toda la normativa nacional y provincial que es complementaria.

"Tal regresividad se corrobora en las resoluciones que, sin exigir el cumplimiento regular del estudio de impacto ambiental previo y no condicionado y de las audiencias públicas respectivas, autorizó la realización de una instalación cuyo uso no armoniza con el objeto, fines y prohibiciones que tutelan jurídicamente la Reserva Natural e imponen la obligación de no degradarla a perpetuidad, para beneficio de las generaciones futuras".

Los 95 Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sustentable establecen:

"*Principio 29. Principio de progresividad o de interpretación integral* [Principio 9, 11 y 12 de la Declaración de Río; Principio 13 y 25 de la Declaración de Estocolmo; arts. 2º, 3º, nro. 1, y 52 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 1º, 2º, y 29, letra b), de la Convención Americana de Derechos Humanos; y arts. 2º, nro. 1, 3º, 4º, 16, 24, 25 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales].

"Los Estados están obligados a generar en cada momento histórico la mayor y mejor protección y garantía de los derechos humanos y ambientales, de tal forma, que siempre deben estar en constante evolución y bajo ninguna justificación en retroceso. En el mismo sentido, las normas relativas a derechos humanos y ambientales, deberán interpretarse en conformidad a la Constitución y a los tratados internacionales vigentes, favoreciendo en todo momento a la persona y sus derechos de la forma más amplia".

"13. *Los principios* in dubio pro natura *y* pro natura:

"13.1. La hermenéutica jurídica ambiental debe regirse por los principios *in dubio pro natura* o *pro natura*.

"La CS ha expresado 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) (conf. CS, 11/07/2019, Fallos 342:1203, 'Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental').

"Este principio emergente del derecho ambiental puede ser entendido con el sentido que, en caso de dudas sobre la interpretación y el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

"13.2. Si al tiempo de dictar la res. DIA 0001348, Serie 'A', de fecha 14/12/2017 (fs. 71/72 vta.) y la res. DIA 001385, Serie 'A', de fecha 09/01/2019 (fs. 501/504), la Administración municipal no consideró los presupuestos mínimos ambientales consagrados en la ley 25.675 y en la ley 10.208, ni observó las obligaciones establecidas en la ordenanza 11.702, la duda interpretativa relacionada con la aprobación ambiental y si esta podía ser condicionada o debía ser rechazada, debió ser interpretada *in dubio pro natura*, y aun no mediando duda sobre la norma aplicable o sobre los alcances de su interpretación, la decisión administrativa debió tomarse

en sentido *pro natura*, brindando la mayor protección, conservación y no degradación posible al ambiente natural de la Reserva y no proyectar un estadio de hockey para uso profesional internacional, nacional y local".

Los 95 Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sustentable dicen:

"*Principio 39. Principio de derecho a la naturaleza y derechos de la naturaleza* [Principios Generales de la Carta Mundial de la Naturaleza; y Principio 2 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza (UICN) acerca del Estado de derecho en materia ambiental].

"Cada ser humano y otros seres vivos tienen derecho a la conservación, protección y restauración de la salud e integridad de los ecosistemas. La naturaleza posee un derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar".

"14. *Los principios de prevención y precaución:*

"14.1. De conformidad al art. 4º de la ley 25.675, en virtud del 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. Idéntico principio replica el art. 4º, inc. b), de la ley 10.208.

"Por su parte, en virtud del art. 4º de la ley 25.675, coincidente con el art. 4º, inc. c), de la ley 10.208, por el 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.

"Si la Administración municipal otorgó una declaración de impacto ambiental condicionada, las dudas que sobre la protección, conservación y no degradación de la Reserva determinaron esa toma de decisión condicionada, debieron justificar por motivos de proporcionalidad y razonabilidad su rechazo y no la aprobación".

Apunta, además:

"15.1. La Agenda de Naciones Unidas 2030 nominada como 'Objetivos de Desarrollo Sostenible' representa un verdadero plan de acción, global trazado por la comunidad internacional en favor de las personas, el planeta y la prosperidad.

"Esta Agenda establece en su meta número 15.1: 'Para 2020, velar por la conservación, el restablecimiento y el uso sostenible de los ecosistemas terrestres y los ecosistemas interiores de agua dulce y los servicios que proporcionan, en particular los bosques, los humedales, las montañas y las zonas áridas, en consonancia con las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales'.

"15.3. Sacrificar las condiciones ambientales de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín, para desarrollar un objetivo perteneciente a una política pública diseñada exclusivamente por el área de deportes de la Municipalidad de Córdoba, extramuros del marco jurídico que rige el último pulmón verde que queda en el ámbito del ejido municipal y los valores que ese régimen tutela, es una clara manifestación de una acción administrativa contraria a la obligación de preservación, conservación y no degradación para que dicho ambiente natural sea perdurable en el tiempo y a perpetuidad, para el pleno goce de las generaciones futuras.

"16. *El Estado de derecho ambiental y la Constitución ecológica:*

"En síntesis, de una lectura sistemática, axiológica y finalista de la Constitución ecológica, se infiere el reconocimiento del derecho a la preservación del patrimonio natural y cultural y el derecho a la calidad de vida, todo lo cual forma parte del derecho al ambiente sano (art. 41, CN), constituyen derechos de incidencia colectiva (arts. 14, 240 y 241 del Cód. Civ. y Com.) y son patrimonio común de la sociedad, y el ejercicio de los derechos individuales no pueden afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas.

"16.3. El presente proceso tiene los elementos propios de un proceso o litigio estructural, cuyo objeto es la defensa de la vigencia de la Consti-

tución y, en este punto, debemos recordar que tanto la Constitución Nacional (arts. 41, 43, 75, inc. 22, y ccds.), como la Constitución de Córdoba (arts. 11, 38, 59, 66, 68 y ccds.) establecen la denominada 'Constitución ecológica', con el mismo rango de las denominadas constituciones política, económica, social y cultural.

"16.6. Llegar al extremo de 'cerrar' el ingreso del público visitante de la Reserva Natural, para 'abrir' ese ingreso al público espectador de un evento deportivo de alcances internacionales, nacionales y locales, no armoniza con los valores esenciales tutelados por la ordenanza 11.702, dictada en consecuencia de los preceptos que consagran nuestro Estado de derecho ambiental (art. 41, CN).

"Toda la prueba producida en esta causa, es demostrativa que no es posible 'cerrar' el ingreso al Camping San Martín y a la Reserva Natural para cualquier vecino y habitante de esta ciudad de Córdoba para llevar adelante actividades deportivas relacionadas exclusivamente al hockey, a niveles internacionales, nacionales y locales, cuando el objeto de la Reserva son las recreaciones orientadas a la educación ambiental y a la conservación de la biodiversidad de la única Reserva Natural Urbana de la ciudad de Córdoba.

"Cada uno de los incumplimientos señalados a lo largo de los fundamentos de este pronunciamiento, conducen inexorablemente a admitir que en el caso, inclusive, se ha operado la revocación de pleno derecho de la autorización ambiental otorgada mediante la res. DIA 0001348, Serie 'A', de fecha 14/12/2017 (fs. 71/72 vta., art. 2º) y res. DIA 001385, Serie 'A', de fecha 09/01/2019 (fs. 501/504, art. 2º), en virtud de las inobservancias a las condiciones y normativas relacionadas en este pronunciamiento".

Los 95 Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sustentable dicen:

"*Principio 53. Principio de acción preventiva* (art. 194.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; art. 2º del Convenio Marco sobre Cambio Climático de Naciones Unidas; art. 5º y anexo II del Acuerdo de las Naciones Unidas sobre Peces Transzonales y Altamente Migratorios; Preámbulo y art. 1º del Convenio sobre Diversidad Biológica; Principios Generales de la Carta Mundial de la Naturaleza; art. 1º del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes; y Principio 6 de la Declaración de Estocolmo).

"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 puedan producir. El criterio de prevención prevalecerá entonces, sobre cualquier otro en la gestión pública y privada del medio ambiente y los recursos naturales. Se debe prevenir la consumación del daño, y no actuar solamente sobre la reparación de los efectos perjudiciales, disponiendo incluso la paralización de los efectos dañinos".

"*Principio 52. Principio de precaución* [Principio 15 de la Declaración de Río; art. 6º del Acuerdo sobre Peces Transzonales y Altamente Migratorios; art. 3º del Protocolo del Convenio de Londres; art. 5º del Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; art. 2º, letra a), del Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste; art. 1º del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes; y Puntos 158 y 167 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20].

"a) Con el fin de proteger el medio ambiente, se deberá 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. Por tales razones la jurisdicción no debe postergar y tomar acciones cautelares de manera inmediata, con urgencia, aun cuando exista ausencia o insuficiencia de pruebas respecto del daño ocasionado.

"b) Este principio está relacionado con el principio de prevención que se describe a continuación y, que opera sobre el riesgo, existente o virtual, y ha evolucionado en una serie de mecanismos que contienen medidas de gestión para prevención y supervisión de impactos ambien-

tales, incluidos los que figuran en la evaluación de impacto ambiental".

XIII. La solución del caso:

"*17. La solución del caso:*

"17.4. En consecuencia, corresponde ordenar el cese inmediato de toda actividad sobre la cancha de hockey y disponer que la Municipalidad de Córdoba retrotraiga el estado de cosas al momento anterior a la instalación de esa intervención, removiendo las alfombras sintéticas de césped y realizando todas las acciones necesarias para la restauración del suelo, a las condiciones naturales existentes al momento anterior.

"Para ello, se la emplaza para que en el término de noventa [90] días hábiles administrativos, la demandada presente a este tribunal un 'Plan de Gestión Ambiental' en el que planifique las acciones necesarias para la restauración y conservación de la Reserva a su estado anterior, especificando los detalles técnicos y el tiempo de ejecución previsto, asegurando que para ello, no se produzca degradación alguna sobre el ambiente natural. El que deberá incluir una auditoría ambiental sobre el Plan de Gestión Ambiental lectura fácil y su cumplimiento.

"18. *La solución del caso en lenguaje y lectura fácil:*

"Las personas cuando están informadas tienen la posibilidad de participar y ayudar a garantizar que las decisiones políticas y administrativas respeten su derecho humano a un ambiente sano y sostenible, todo lo cual forma parte esencial de la democracia participativa.

"Ello actualmente armoniza con los principios emergentes del 'Acuerdo sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe', más conocido como 'Acuerdo de Escazú,' suscripto en San José de Costa Rica el 04/03/2018.

"Por ello, atento la implicancia de este proceso ambiental sobre un bien colectivo, que trasciende el interés de cada individuo de la ciudad de Córdoba, como es la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín y el derecho a garantizar el derecho a la información pública ambiental también desde una adecuada comunicación de la función judicial, es necesario efectuar una síntesis de este caso y de su resolución en lenguaje y lectura fácil, a saber:

"18.1. Los actos administrativos ambientales de autorización de la instalación de la cancha de hockey de césped sintético sobre agua y el uso de la misma para eventos deportivos internacionales, nacionales y locales, importan un cambio de uso del suelo y del paisaje que violan con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta las expresas obligaciones y prohibiciones que aseguran el deber de conservar y no degradar la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín.

"18.2. La Municipalidad de Córdoba no ha acreditado en estos autos que las autorizaciones ambientales hayan sido otorgadas con base en un fundado estudio de impacto ambiental, justificado con criterios técnico-científicos y precedidas de las respectivas audiencias públicas.

"18.3. La Municipalidad de Córdoba no acompañó los expedientes administrativos completos, que acreditaran la observancia y el respeto del principio del debido proceso ambiental.

"18.4. En esta causa no se ha probado que se haya cumplido con los necesarios procedimientos previos y no condicionados de evaluación de impacto ambiental, y tampoco se ha acreditado que se hubiera eximido de ese requisito a la Secretaría de Deportes y a la Dirección de Deportes.

"18.5. La sola lectura de los actos ambientales ponen de manifiesto la violación al principio de participación ciudadana por omisión de la realización de las audiencias públicas que debieron preceder obligatoriamente a esos actos.

"18.6. Los actos ambientales de la Municipalidad de Córdoba deben ser analizados e interpretados de manera armónica y complementaria con los presupuestos mínimos ambientales consagrados por la ley 25.675 y por la ley 10.208 que aseguran el derecho a un ambiente sano y cuyo deber es preservarlo para las generaciones futuras a perpetuidad.

"18.7. La acción de amparo ambiental es procedente y debe ordenarse a la Municipalidad de Córdoba que planifique y ejecute las acciones necesarias para volver el estado de cosas en la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín al momento anterior a la instalación de la carpeta de césped sintético.

"19. Costas

"Se imponen por el orden causado atento la complejidad de la normativa de fondo y la singularidad propia de la causa (arts. 10 y 17, ley 4915; art. 13, ley 7182, y art. 130, ley 8465).

"El tercer votante vocal Dr. Leonardo F. Massimino, luego de un análisis de la legislación y doctrina se adhiere al desenlace que propone la Sra. vocal de segundo voto; razón por la cual me pronuncio en igual sentido".

XIV. La sentencia:

La sentencia, en su parte resolutiva, dice:

"Por el cual el tribunal *resuelve*:

"I. Hacer lugar a la acción de amparo ambiental interpuesta por la Asociación Civil 'Amigos de la Reserva Natural San Martín', con los alcances sustanciales establecidos en este pronunciamiento.

"II. Ordenar el cese inmediato de toda actividad sobre la cancha de césped sintético sobre agua.

"III. Ordenar la restitución y recuperación de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín al estado anterior al momento de la instalación de la chancha de hockey de césped sintético sobre agua, ordenando la remoción de las alfombras sintéticas y la recuperación del suelo de césped natural, para el uso meramente recreativo del Camping Municipal, exhortando a la Municipalidad de Córdoba al cumplimiento íntegro del objeto, de los fines y de las prohibiciones establecidas en la ordenanza 11.702 y la normativa complementaria.

"IV. Emplazar a la Municipalidad de Córdoba para que en el término de noventa [90] días hábiles administrativos, presente a este tribunal, mediante la actuación de la autoridad de aplicación de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín —Secretaría de Ambiente o la que la suceda— un 'Plan de Gestión Ambiental' para la realización de las tareas de restitución, recuperación y conservación, que, asimismo, incluya una auditoría ambiental sobre Plan de Gestión para vigilar su cumplimiento.

"V. Emplazar a la Municipalidad de Córdoba para que, a través de la autoridad de aplicación —Secretaría de Ambiente o la que la suceda— realice auditorías ambientales de cumplimiento sobre los estándares ambientales garantizados por la ordenanza 11.702 y la normativa complementaria para la conservación de la Reserva a perpetuidad, con la participación de la Unidad de Manejo de la Reserva.

"VI. Imponer las costas de este proceso por el orden causado".

XV. Colofón:

Es un caso emblemático y completo de cómo deben interactuar en un caso ambiental las leyes ambientales, los principios de derechos humanos ambientales y los principios del derecho ambiental.

Realmente, es uno de los aciertos de nuestra jurisprudencia ambiental, tanto en lo referente al fondo de la cuestión, como en la metodología para el tratamiento judicial de una sentencia.

ACTUALIDAD AMBIENTAL DEL LITORAL

Proyecto de institucionalización del Plan Integral Estratégico para la Conservación y Aprovechamiento Sostenible del Delta del Paraná

Valentín Cesanelli (*)
Bárbara Ausili (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Posibles vías de solución del conflicto.— III. Proyecto de anexo al PIECAS DP.— IV. Conclusión.

I. Introducción

La quema de los suelos y la flora del humedal del Delta Superior del Paraná es una práctica que se realiza hace muchísimos años con el fin de eliminar la vegetación con escaso valor forrajero y favorecer así el rebrote de pastos más aptos para la producción ganadera en la zona. Esta herramienta ha sido utilizada de manera sistemática en la región.

A partir del año 2005, la actividad ganadera en las islas del Delta Superior del Paraná creció exponencialmente, pasando de un sistema de ganadería extensiva estacional (que respetaba los macroequilibrios del humedal, esto es, tenían capacidad de soporte y de preproducción) a uno intensivo y permanente, con el consecuente aumento de la quema con fines productivos en la zona.

La notable expansión de la actividad agrícola en nuestro país, en particular el cultivo de soja, conllevó un proceso de reconfiguración territorial de la ganadería, que tiende a ser sustancialmente desplazada de la región Pampeana hacia zonas de menor aptitud agrícola, percibidas como marginales. Una de esas zonas agrícolas "marginales" está constituida por la región del Delta del Paraná (Delta Superior y Delta Medio), proceso que se sirvió de la reciente conexión vial Rosario-Victoria y sus vías secundarias **(1)**.

En esta línea, S. Gorenstein y R. Ortiz establecen:

"La transformación contemporánea de la agricultura y la producción de alimentos debe asociarse a la triada global alimento-forraje-combustible; esto es, la convergencia de la producción de alimento humano y animal (forraje) con la generación de bioenergía. Estas dinámicas redefinen estructuras productivas, sociales y espaciales con efectos heterogéneos en relación al uso, depredación, disputas y revalorización de los recursos territoriales que confluyen en el proceso de producción y consumo de alimentos.

(*) Abogado especialista en Derecho Ambiental. Cofundador de la Asociación Civil Sentido Ambiental.

(**) Abogada especialista en Derecho Ambiental. Cofundadora de la Asociación Civil Sentido Ambiental.

(1) "Plan Integral Estratégico para la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible Región Delta del Paraná", 2014, p. 30.

"En este contexto global, el Cono Sur se ha convertido en un proveedor importante de la soja que sirve como *input* para la producción de carne, y se han expandido otros 'cultivos flexibles' o 'comodines' —maíz, caña de azúcar y palma— que también tienen el triple destino mencionado. La superficie cultivada se ha expandido geográficamente, moviéndose hacia el norte en Argentina; hacia el Mato Grosso y otros Estados del centro, norte y noreste en Brasil; a las tierras bajas bolivianas de Santa Cruz oriental y a la región del Chaco en el norte de Paraguay (WWF, 2014; Sauer y Pereira Leite, 2012). Con este proceso expansivo se observa a su vez, la acumulación y el control de vastas extensiones de tierra (involucrando o no cambios en su uso) a través de las diversas modalidades bajo las que operan grandes capitales nacionales e internacionales. Otras inversiones en tierras también significativas, tienen como destino el desarrollo de la silvicultura forestal, la minería y la reserva ambiental" **(2)**.

Así, la zona del Delta Superior del Río Paraná pasó de albergar en el año 1997 la cantidad de 160.000 cabezas de ganado para fines productivos, a 1.500.000 en el año 2007 **(3)**.

Configura esta situación una característica típica del neoextractivismo en América Latina:

"El neoextractivismo contemporáneo puede ser caracterizado como un modelo de desarrollo basado en la sobreexplotación de bienes naturales, cada vez más escasos, en gran parte no renovables, así como en la expansión de las fronteras de explotación hacia territorios antes considerados como improductivos desde el punto de vista del capital" **(4)**.

En el año 2008 se produjo una tremenda cantidad de focos ígneos, que llegaron a comprometer más de 170.000 ha, afectando gravemente a la ciudad de Rosario y sus alrededores, e incluso llegando el humo provocado por los incendios hasta el Gran Buenos Aires.

A partir de esto, se firma entre las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos, Santa Fe y el gobierno nacional la carta de intención del Plan Integral Estratégico para la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible de la Región Delta del Paraná (en adelante, PIECAS DP), convenio que se materializa en el año 2014.

El PIECAS es un "acuerdo interjurisdiccional consensuado en base técnico-jurídica para alcanzar metas u objetivos político-institucionales tendientes a establecer pautas de sustentabilidad en las intervenciones territoriales del Delta e Islas del Paraná, asegurando su integridad sistémica, no solo en el presente sino también en el mediano y largo plazo" **(5)**.

Las autoridades regionales realizaron dicho acuerdo encaminado a proteger la región Delta del Paraná como humedal. "La región Delta del Paraná es un ecosistema de humedal, uno de los más importantes de la República Argentina y que como tal suministra servicios ambientales indispensables para el ejercicio de la vida cotidiana y para el desarrollo humano de 15.000.000 de personas que habitan en su área de influencia directa" **(6)**.

Dicho plan reconoce expresamente que el concepto de proceso, característica distintiva del PIECAS, conlleva e implica la intrínseca y dinámica relación entre la formulación y aplicación del Plan, su institucionalización y la coordinación y racionalidad en la toma de decisiones.

La realidad indica que en los últimos años el PIECAS se ha desactivado y desentendido totalmente de la cuestión ambiental en estudio. Nos encontramos completamente desprotegidos; nadie tutela al ecosistema de humedal que se desarrolla en el Delta del Río Paraná ni a las poblaciones que lo habitamos, bajo una situación de absoluta emergencia ambiental, en la que día a día debemos soportar los severos perjuicios que las actividades de quema ilegítima nos producen, en clara violación a nuestro derecho constitucional consagrado en el art. 41 de nuestra Carta Magna.

A la fecha la situación no se ha modificado, y nos encontramos permanentemente con

(2) GORENSTEIN, S. — ORTIZ, R., "La tierra en disputa", p. 2.

(3) "Plan Integral Estratégico...", ob. cit., p. 30.

(4) SVAMPA, M., "Las fronteras del neoextractivismo en América Latina", 2019, p. 21.

(5) "Plan Integral Estratégico...", ob. cit., p. 10.

(6) "Plan Integral Estratégico...", ob. cit., ps. 12-13.

nuevos focos de incendio —los cuales son encendidos de manera intencional—, que, dependiendo del viento u otros factores climáticos, afectan a distintas poblaciones ribereñas, además de provocar un gravísimo e inconmensurable daño ecológico.

Vale destacar, por último, que la explotación ganadera no es el único uso productivo que se le da al Delta del Río Paraná, si no que está sometido a usos extractivistas y a desarrollos inmobiliarios que degradan sus ecosistemas, incluso en zonas declaradas como reservas naturales.

II. Posibles vías de solución del conflicto

En este contexto, cabe preguntarse cuáles son las posibles vías de solución al conflicto abordado en el presente.

Encontramos, desde nuestro punto de vista, tres alternativas.

Por un lado, podemos llevar la cuestión a la arena judicial, exigiendo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en competencia originaria, por el carácter interjurisdiccional del conflicto— el cese inmediato de las actividades de quema ilegítima, con la correspondiente recomposición del daño ambiental producido.

En nuestro caso, representamos a un grupo de vecinos de la ciudad de Rosario en uno de los amparos presentados ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por las actividades de quema ilegítima que se están llevando a cabo en el Delta del Paraná.

Desde esta perspectiva, creemos que esta es una herramienta válida y que vale la pena perseguir, aunque debemos reconocer que los tiempos que la justicia insume en resolver este tipo de cuestiones son prolongados, por lo que corremos el riesgo de que la solución que una posible sentencia favorable pueda traer llegue demasiado tarde.

Por otro lado, encontramos la sanción de una Ley Nacional de Presupuestos Mínimos para la Protección de los Humedales como posible vía de resolución del presente conflicto.

Vale resaltar que la protección del ambiente a través de leyes emanadas del Congreso de la Nación que contengan presupuestos mínimos uniformes en todo el territorio nacional para la tutela de nuestro medio es el mecanismo previsto por nuestra Constitución Nacional en su art. 41.

Las dificultades que se nos plantean al abordar esta vía son dos:

Por un lado, debemos pensar que las leyes de presupuestos mínimos emanan del Congreso de la Nación, por lo que son sometidas a largos procesos de discusión en los que intervienen actores de todo el país, por lo que los intereses a concertar son muy diversos.

Lo antes dicho, sumado a la gran variedad de proyectos que han sido presentados —lo que a veces nos hace pensar que puede deberse a una intención de entorpecer el proceso de sanción de la ley—, hace que el proceso de discusión de una Ley de Presupuestos Mínimos para la Protección de los Humedales sea lento y prolongado.

En segundo lugar, debemos considerar que todos los proyectos presentados prevén en su articulado un plazo de por lo menos un año a fin de que cada jurisdicción realice un inventario de los humedales que existen en su territorio.

Todo lo expuesto nos hace pensar, nuevamente, que esta solución podría llegar demasiado tarde y que, al momento de su sanción, el daño ya sea irreversible.

Creemos que la mejor forma de solucionar el presente conflicto es a través del federalismo de concertación.

Cabe resaltar dos de los principios del derecho ambiental establecidos en la Ley General del Ambiente.

II.1. Principio de solidaridad

La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

II.2. Principio de cooperación

Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitati-

va y racional. El tratamiento y la mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta.

De su interpretación surge la necesidad de que las provincias, al decidir sobre la política a aplicar sobre un sistema ecológico compartido, deban hacerlo de manera conjunta.

Por ello, creemos que el primer paso a seguir a fin de solucionar el presente conflicto es fortalecer el PIECAS DP y sus instituciones, dotándolas de suficientes atribuciones y recursos que les permitan adoptar medidas efectivas.

Asimismo, es necesario que el Estado tenga presencia en el territorio, puesto que hoy en día es casi nula. Esto muchas veces se ve dificultado debido a la heterogeneidad del territorio del PIECAS DP y, frecuentemente, a la dificultad para acceder a él.

Todo esto nos obliga a repensar lo realizado hasta ahora y avanzar en este proceso de institucionalización del PIECAS DP, a fin de consolidar las acciones concertadas que se vienen llevando a cabo y de lograr una verdadera gestión conjunta del Delta del Paraná entre todos los actores involucrados.

Vale resaltar la naturaleza que el PIECAS DP detenta. Es un acuerdo intrafederal, puesto que cuenta con la participación de la Nación, lo que le otorga una jerarquía normativa superior a todo el derecho público provincial, incluso a las Constituciones provinciales de las jurisdicciones signatarias, por aplicación del art. 31 de nuestra Carta Magna **(7)**.

Por lo expuesto, hemos redactado el presente Proyecto de Anexo al Plan Integral Estratégico para la Conservación y Aprovechamiento Sostenible del Delta del Paraná.

III. Proyecto de Anexo al PIECAS DP

Capítulo I: Autoridad de aplicación

Art. 1º: *Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel.*

Declárese al Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel creado por la carta intención del "Plan Integral Estratégico para la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible de la Región Delta del Paraná" como autoridad de aplicación de dicho plan, con naturaleza de ente de derecho público interjurisdiccional.

El mismo ejercerá su competencia en toda el área de Delta del Paraná, a saber: Delta Superior (DS) desde Diamante, Entre Ríos, y hasta Villa Constitución, Santa Fe; Delta Medio (DM) desde Villa Constitución hasta Ibicuy, Entre Ríos; y Delta Inferior (DI) desde Ibicuy hasta la desembocadura en el Río de la Plata.

Art. 2º: *Composición.*

El Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel estará conformado por nueve integrantes: un representante titular y uno alterno por las jurisdicciones de Entre Ríos, Buenos Aires, Santa Fe y Nación, más un representante del Grupo Coordinador Interjurisdiccional.

Art. 3º: *Integración*.

Será designado representante titular la máxima autoridad en materia ambiental dentro de cada jurisdicción. El representante alterno será designado por el representante titular de su jurisdicción.

El representante del Grupo Coordinador Interjurisdiccional será designado en la reunión anual que establece el art. 10 del presente.

Art. 4º: *Cláusula automática.*

En caso de renuncia, remoción, extinción de mandato del representante titular, su función será desempeñada por quien en efecto reemplace su cargo.

El nuevo representante titular tendrá la obligación de designar en el plazo de 30 días al representante alterno que lo acompañe.

Art. 5º: *Decisiones*.

Tendrán derecho a un voto cada una de las partes signatarias del PIECAS DP y el representante del Grupo Coordinador Interjurisdiccional. Las decisiones se adoptarán por mayoría simple.

(7) ESAIN, José A., "Competencias ambientales", Ed. AbeledoPerrot, 2008, p. 573.

Las mismas serán vinculantes y se aplicarán en todo el territorio del Delta del Paraná, prevaleciendo ante cualquier otra concurrente a nivel local.

Art. 6º: *Sesiones*

El Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel sesionará dentro de los primeros 10 días de cada mes, en la sede que a tal efecto se designe.

Ante situaciones de emergencia, cualquiera de las partes podrá convocar una sesión extraordinaria la cual se realizará dentro del plazo de 48 horas.

Art. 7º: *Facultades y atribuciones*.

Serán facultades y atribuciones de la autoridad de aplicación:

a) Dictar sus normas y reglamentos internos para su propio funcionamiento.

b) Unificar el régimen aplicable en materia de autorizaciones administrativas de uso del suelo, manejo del fuego, turismo, y/o cualquier actividad antrópica que pueda alterar de manera negativa al ambiente.

c) Llevar a cabo cualquier tipo de acto jurídico o procedimiento administrativo necesario para ejecutar el PIECAS DP y sus objetivos.

d) Convocar a formar parte de las reuniones a especialistas en la materia específica en cuestión, a fin de que brinden asesoramiento técnico al Comité.

e) Planificar el ordenamiento ambiental del territorio PIECAS DP.

f) Imponer regímenes de monitoreo específicos.

g) Tomar intervención en procedimientos sancionatorios, de habilitación, auditoría ambiental y de evaluación de impacto ambiental.

h) Ordenar la cesación de actividades o acciones dañosas para el ambiente o la integridad física de las personas.

i) Crear un sistema dirigido a prevenir la propagación de grandes incendios mediante el uso ecológico del fuego.

j) Declarar la emergencia ambiental dentro del territorio PIECAS.

Capítulo II: Grupo Coordinador Interjurisdiccional

Art. 8º: *Grupo Coordinador Interjurisdiccional.*

El Grupo Coordinador Interjurisdiccional tiene como finalidad ser un órgano consultivo y de cooperación entre los entes locales y el CIAN.

Se busca lograr una efectiva articulación y aplicación de la normativa ambiental en los municipios y comunas pertenecientes al territorio PIECAS DP en consonancia con los lineamientos postulados en el principio "pensar global y actuar local".

Art. 9º: *Composición.*

Este órgano estará compuesto por todos los municipios y comunas que se encuentren dentro del territorio PIECAS DP, los que estarán representados por el titular del Departamento Ejecutivo Municipal o presidente comunal de cada uno de estos.

Art. 10: *Sesiones.*

El Grupo Coordinador Interjurisdiccional sesionará anualmente el 31 de marzo de cada año.

Sin perjuicio de que en situaciones excepcionales cualquiera de sus integrantes pueda convocar a una sesión extraordinaria.

El pedido de la convocatoria al que refiere el párrafo anterior, se realizará por intermedio del representante del Grupo Coordinador Interjurisdiccional que integre el Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel.

Art. 11: *Representación en el Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel.*

En la reunión anual que se realice, se designará por medio de votación el representante del Grupo Coordinador Interjurisdiccional que in-

tegrará el Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel por el término de dos años.

Su función principal será establecer una comunicación permanente entre ambos organismos a fin de lograr una efectiva aplicación del PIECAS DP en las jurisdicciones locales.

Capítulo III: Del ordenamiento y la gestión ambiental del territorio

Art. 12: *Sistema de información catastral*

Las provincias se comprometen a realizar en un plazo de noventa días un informe catastral del territorio PIECAS en su respectiva jurisdicción y a presentarlo ante el Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel.

Asimismo se procederá a crear un registro con los datos catastrales aportados por cada jurisdicción a fin de lograr un mejor manejo del territorio PIECAS.

Art. 13: *Evaluación ambiental estratégica.*

El Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel encomendará a un equipo interdisciplinario la confección de una nueva evaluación ambiental estratégica a fin de conocer la situación actual del Delta del Paraná.

El mismo deberá establecer aquellas zonas que necesariamente deben protegerse para asegurar el equilibrado funcionamiento de los ecosistemas de humedal que se desarrollan en el territorio PIECAS y la adecuada conservación de la ecorregión para las generaciones presentes y futuras.

Las provincias se comprometen a proteger dichas zonas a través de alguna de las categorías de conservación establecidas en la ley 22.351 y se obligan a adoptar todas las medidas pertinentes para su declaración.

Asimismo, las provincias acuerdan que al menos un 50% del territorio PIECAS DP debe estar afectado al régimen de la ley 22.351.

Art. 14: *Plan de Ordenamiento Territorial.*

El Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel se compromete a realizar un Plan de Ordenamiento Territorial, el cual será elaborado por un equipo interdisciplinario a fin de lograr un adecuado manejo sustentable del Delta del Paraná.

Art. 15: *Plan de Gestión Ambiental.*

El Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel se compromete a elaborar un Plan de Gestión Ambiental, el cual ordenará aquellas actividades que, combinando recursos humanos, materiales, financieros y tecnológicos se llevarán a cabo a fin de lograr un manejo sustentable del Delta del Paraná.

Este proceso contará con una adecuada instancia participativa a fin de que la ciudadanía forme parte de la toma de decisiones en cuestiones ambientales en consonancia con lo establecido en la Ley General del Ambiente.

Por último, se tendrá especial consideración a la hora de elaborar el Plan de Gestión Ambiental a la población isleña y al respeto por su cultura y los particulares saberes que esta detenta.

Capítulo IV: Disposiciones sustantivas

Art. 16: *Reconocimiento del Delta del Paraná como sujeto de derecho.*

Las provincias signatarias y Nación, entienden el valor intrínseco que posee el Delta del Río Paraná y por ello, lo reconocen como sujeto de derecho.

En consecuencia el Delta del Paraná tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

El Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel procurará dotar a este nuevo sujeto de derecho de una adecuada representación que considere los distintos saberes locales y cuente con una perspectiva ecocéntrica.

En caso de duda en cuanto a la interpretación del presente anexo, deberá estarse siempre a aquella que en forma más amplia proteja al ambiente.

Art. 17: *Organismo de control.*

El Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel se compromete a suscribir un convenio con el Cuerpo Especializado de Fiscalización y Con-

trol Ambiental dependiente de la Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación a los fines de trabajar conjunta y coordinadamente en materia de vigilancia y fiscalización ambiental, ejerciendo un control efectivo y permanente en todas las actividades susceptibles de generar algún riesgo o de provocar daño al ambiente.

En dicho acuerdo, se buscará prioritariamente la creación de un Grupo Especializado de Fiscalización e Inspección, teniendo en consideración las características ambientales del territorio del Delta del Paraná.

Capítulo V: Disposición complementaria

Art. 18: *Comité de Emergencia Ambiental.*

Mientras persista la actual situación de emergencia ambiental en el territorio PIECAS DP, las decisiones que se tomen en el marco del Comité de Emergencia Ambiental serán operativas y es tarea del Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel compatibilizarlas con aquellas funciones que le son propias.

IV. Conclusión

En conclusión, creemos que nos encontramos ante un conflicto policéntrico y complejo que nos exige un abordaje integral.

Sabemos que, por su propia naturaleza, el derecho ambiental es una disciplina que viene a penetrar e impactar en todo el sistema jurídico a través del llamado "paradigma ambiental". En este caso nos encontramos con un sistema ecológico compartido, en el que varias jurisdicciones forman parte de la cuestión.

Es por ello que resulta fundamental que reconozcamos que para abordar el presente conflicto debemos, en primer lugar, apartarnos de la concepción clásica de jurisdicción, según la cual en ningún caso una provincia podía entrometerse en los asuntos de la otra, o en la que se consideraba que la Federación no podía inmiscuirse en aquellas cuestiones en las que las facultades no hubieran sido especialmente delegadas a la Nación, y, en cambio, remplazarlas por políticas basadas en el federalismo de concertación que busquen —sobre todo en cuestiones ambientales relativas a sistemas ecológicos compartidos— soluciones conjuntas a este tipo de situaciones.

Creemos que con la implementación del anexo presentado en este trabajo se lograría fortalecer las instituciones creadas por el PIECAS DP, dotándolas de las herramientas necesarias para la consecución de los fines fijados en el acuerdo.

Además, este trabajo nos trae algunas soluciones de vital importancia para lograr una adecuada conservación de los ecosistemas de humedal que se desarrollan en el Delta del Río Paraná, tales como el ordenamiento territorial y la evaluación ambiental estratégica.

Por otro lado, este anexo nos brinda una herramienta muy útil a la hora de enfrentar el gran desafío que requiere la presencia del Estado en la ecorregión del Delta del Paraná, sin que esto represente un gran gasto para los Ejecutivos provinciales.

En este sentido, se establece el compromiso del CIAN de firmar un convenio con el Cuerpo Especializado de Fiscalización y Control Ambiental, dependiente de la Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable, a fin de que cumpla las tareas de control sobre el territorio del PIECAS DP.

Por último, vale la pena resaltar la importancia que el reconocimiento del Delta del Río Paraná como sujeto de derecho traería en pos de la protección de los ecosistemas que se desarrollan dentro de él, dotándolo de una adecuada representación, con una perspectiva ecocéntrica.

QUEMA DE PASTIZALES

Peligro concreto sobre el ambiente. Procedencia de la medida cautelar solicitada. Creación de un comité de emergencia. Poder de policía ambiental. Intervención de la justicia.

Con nota de Cristian H. Fernández

1. — Se dispone, como medida cautelar, que las provincias de Santa Fe, Entre Ríos y Buenos Aires, y los municipios de Victoria y Rosario, constituyan, de manera inmediata, un Comité de Emergencia Ambiental (dentro de la estructura federal concertada del PIECAS-DP), que tenga por objeto la prevención, control, y cesación de los incendios irregulares en los términos de la ley 26.562, en la región del Delta del Paraná; y en el plazo de 15 (quince) días corridos deben presentar a la Corte Suprema un informe sobre el cumplimiento de la medida, la constitución del Comité de Emergencia Ambiental y las acciones efectuadas.

2. — El caso presenta, *prima facie,* características que permiten encuadrar los hechos denunciados en la figura legal de la emergencia ambiental (arts. 2°, inciso k, y 4°, "principio de cooperación", de la ley 25.675). En este contexto, los incendios deben detenerse o controlarse de inmediato. La intervención de la justicia, en el caso, será para fortalecer las labores de fiscalización por parte de los Estados en el ejercicio efectivo del poder de policía ambiental, en cumplimiento de las leyes ambientales citadas.

3. — Se configuran los presupuestos necesarios para hacer lugar a la medida cautelar solicitada. Resulta verosímil la denuncia del desarrollo de una actividad calificada de manifiestamente ilegal en relación con las quemas de pastizales, dado que vulnera de manera patente expresas prohibiciones contenidas en los términos del art. 41 de la Constitución Nacional y de las leyes 26.562 (Control de Quema), 26.815 (Manejo del Fuego), 26.331 (Bosques Nativos), 25.675 (Ley General. del Ambiente), 23.919 (Protección de los Humedales, RAMSAR), 24.295 (Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático), y 27.520 (Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global). El peligro en la demora surge de la necesidad de prevenir y evitar que el daño ambiental colectivo continúe o se agrave la degradación del ambiente en la región del Delta del Paraná.

4. — El peligro concreto sobre el ambiente se configura porque, con estos incendios, se pierden bosques, se afecta la función de humedales, se cambia abruptamente el uso del suelo, desaparecen innumerables especies de origen subtropical, de la vida silvestre, de la flora, de la fauna y la biodiversidad. Todo ello causa un riesgo de alteración significativa y permanente del ecosistema del Delta del Río Paraná.

5. — Los incendios, en el caso, provocan molestias que exceden el límite de la normal tolerancia, por la presencia en cantidades importantes de partículas en el aire, que se desprenden de las llamas, que contaminan el aire. La población que obtiene su sustento del río. Se ve igualmente afectada, ya que se ven impedidos de acceder normalmente a los sitios que forman parte de su cultura. Del mismo modo, la actividad turística y recreativa está gravemente dificultada.

6. — 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, debiendo conjugar el territorio ambiental, de base natural, con el territorio federal, de base cultural o política.

CS, 11/08/2020. - Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil c. Provincia de Santa Fe y otros s/ amparo ambiental.

[Cita on line: AR/JUR/30464/2020]

CSJ 468/2020

Buenos Aires, agosto 11 de 2020.

Considerando:

1°) Que "Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil", promueve acción de amparo colectivo ambiental, contra la Municipalidad de Rosario, la Provincia de Santa Fe, la Municipalidad de Victoria, la Provincia de Entre Ríos, y el Estado Nacional.

Manifiesta que, desde comienzos de julio de 2020 se vienen produciendo incendios irregulares, en el cordón de islas que están frente a la costa de la ciudad

de Rosario, y que el fenómeno ha crecido tanto que está fuera de control.

Explica que la quema indiscriminada produce afección a la salud, en especial de los habitantes de la ciudad de Rosario, circunstancia que "ha quedado plasmada en un estudio realizado por el Laboratorio de Medio Ambiente de la Facultad de Ciencias Exactas, Ingeniería y Agrimensura de la Universidad Nacional de Rosario (UNR), sobre la calidad de aire, producto de los focos de incendio generado en las islas de Entre Ríos frente a Rosario, entre el 11 y el 14 de junio, que reveló que superó cinco veces el valor permitido por normativa".

Invoca diversas fuentes para señalar que es un hecho notorio, de público conocimiento, que provoca alarma en la población y daños al ambiente.

En este marco, pide que se adopte con carácter urgente una medida cautelar que ordene a los accionados hacer cesar de modo efectivo e inmediato todos los focos de incendio que tienen lugar en las islas que están frente a las costas de la ciudad de Rosario, bajo apercibimiento de astreintes.

2°) Que esta causa corresponde a la jurisdicción originaria de esta Corte Suprema como lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, en el que hace referencia en primer lugar a uno de los dos casos en los que esta Corte intervino, con anterioridad, en virtud de esa misma competencia: a) CSJ 853/2008 (44-M)/CS1 "Municipalidad de Rosario c. Entre Ríos, Provincia de y otro s/ amparo —daño ambiental—" y b) CSJ 84/2008 (44-U) "Universidad Nacional de Rosario c. Entre Ríos, Provincia de s/ amparo - daño ambiental".

3°) Que existen suficientes elementos para tener por acreditado que los referidos incendios, si bien constituyen una práctica antigua, han adquirido una dimensión que afecta a todo el ecosistema y la salud de la población. El caso no consiste en el juzgamiento de una quema aislada de pastizales, sino que se trata del efecto acumulativo de numerosos incendios que se han expandido por la región, poniendo en riesgo al ambiente.

El Delta del Paraná es un ecosistema vulnerable que necesita protección. De acuerdo a lo señalado en el "Plan Integral Estratégico para la Conservación y Aprovechamiento Sostenible en el Delta del Paraná" (PIECAS-DP), producido por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (SAyDS) de la Jefatura de Gabinete de Ministros en mayo de 2008, "es un inmenso humedal y como tal, además de albergar una rica diversidad biológica, cumple múltiples y fundamentales funciones como la recarga y descarga de acuíferos, el control de inundaciones, la retención de sedimentos y nutrientes, la estabilización de costas, la protección contra la erosión, la regulación del clima y una extensa lista de bienes y servicios al hombre".

Así, el sistema cumple también un rol importante como reservorio de biodiversidad, brindando alimento, refugio y sitios de reproducción a numerosas, especies de peces, aves, reptiles y mamíferos.

El peligro concreto sobre el ambiente. Se configura porque, con estos incendios, se pierden bosques, se afecta la función de humedales, se cambia abruptamente el uso del suelo, desaparecen innumerables especies de origen subtropical, de la vida silvestre, de la flora, de la fauna y la biodiversidad.

Todo ello causa un riesgo de alteración significativa y permanente del ecosistema del Delta del Río Paraná.

4°) Que, como consecuencia de estos gigantescos incendios en el Delta, resultan también afectadas la salud pública y la calidad de vida de los habitantes de ciudades vecinas, como la ciudad de Rosario. Se produce un incremento de los niveles de monóxido de carbono y de partículas sólidas en suspensión durante la propagación de la nube de humo, la que por lo general produce problemas en la salud, tales como irritación en nariz, garganta, pulmones y ojos, problemas respiratorios y otras perturbaciones más complejas.

Los incendios provocan molestias que exceden el límite de la normal tolerancia, por la presencia en cantidades importantes de partículas en el aire, que se desprenden de las llamas, que contaminan el aire. La población que obtiene su sustento del río. Se ve igualmente afectada, ya que se ven impedidos de acceder normalmente a los sitios que forman parte de su cultura. Del mismo modo, la actividad turística y recreativa está gravemente dificultada.

5°) Que de lo expuesto surge que existe prueba suficiente, y de carácter público y notorio, que los incendios irregulares en los términos de la ley 26.562, masivos y reiterados en el Delta del Paraná han adquirido una dimensión que causa alarma en la población y una grave amenaza al ambiente.

6°) Que esta situación no es novedosa, ya que el 25 de setiembre de 2008 el Estado Nacional y las Provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe suscribieron un documento denominado "Carta de Intención", en el que se comprometieron a la elaboración de un "Plan Integral Estratégico para la Conservación y Aprovechamiento Sostenible en el Delta del Paraná" (PIECAS-DP).

Entre los objetivos de dicho plan se previó la necesidad de encontrar soluciones viables y efectivas a la problemática vinculada a los incendios que afectaron diferentes zonas del Delta del Paraná, así como la promoción de procesos tendientes al logro de una armonización normativa al servicio de la conservación y desarrollo sostenible de ese territorio.

En el mismo plan se previó la creación de un "Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel para el Desarrollo Sostenible en la Región del Delta del Paraná", como instancia de coordinación de las acciones encaminadas al cumplimiento de los objetivos enunciados en el referido instrumento.

Se estableció asimismo que las Provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe, conforme a sus ordenamientos jurídicos institucionales, convocarían a los municipios con competencia territorial en el área del Delta del Paraná a efectos de consensuar internamente sus propuestas para la elaboración e implementación del referido plan integral.

El citado Comité fue constituido mediante la resolución SAyDS 675/2009, y las provincias signatarias designaron a sus representantes mediante los decretos respectivos.

En las actuales circunstancias, resulta evidente que estas medidas no han logrado una solución perdurable en la zona.

7°) Que la cuestión planteada está contemplada en varias normas jurídicas.

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 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).

Por su parte, la ley 27.520, de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global, contempla que deben establecerse estrategias, medidas, políticas e instrumentos relativos al estudio del impacto, la vulnerabilidad y las actividades de adaptación al Cambio Climático que puedan garantizar el desarrollo humano y de los ecosistemas; que se debe asistir y promover el desarrollo de estrategias de mitigación y reducción de gases de efecto invernadero en el país; y que se debe reducir la vulnerabilidad humana y de los sistemas naturales ante el Cambio Climático, protegerlos de sus efectos adversos y aprovechar sus beneficios (art. 2°).

Específicamente, deben mencionarse además:

- la ley 26.562 de presupuestos mínimos de protección ambiental para control de actividades de quema en todo el territorio nacional, con el fin de prevenir incendios, daños ambientales y riesgos para la salud y la seguridad pública;

- la ley 26.815 de presupuestos mínimos que regula la protección ambiental, en materia de incendios forestales y rurales en el ámbito del territorio nacional (art. 1°);

- la ley 26.331 que considera bosques nativos, como objeto de protección ambiental, a los ecosistemas forestales naturales compuestos predominantemente por especies arbóreas nativas maduras, con diversas especies de flora y fauna asociadas, en conjunto con el medio que las rodea —suelo, subsuelo, atmósfera, clima, recursos hídricos—, conformando una trama interdependiente con características propias y múltiples funciones, que en su estado natural le otorgan al sistema una condición de equilibrio dinámico y que brinda diversos servicios ambientales a la sociedad, además de los diversos recursos naturales con posibilidad de utilización económica (art. 2°).

8°) Que, por todo lo expuesto, el caso presenta, prima facie, características que permiten encuadrar los hechos denunciados en la figura legal de la emergencia ambiental (arts. 2°, inciso k, y 4°, "principio de cooperación", de la ley 25.675).

En este contexto, los incendios deben detenerse o controlarse de inmediato. La intervención de la justicia, en el caso, será para fortalecer las labores de fiscalización por parte de los Estados en el ejercicio efectivo del poder de policía ambiental, en cumplimiento de las leyes ambientales citadas.

9°) Que el Tribunal considera que, en el marco de las circunstancias señaladas, se configuran los presupuestos necesarios para hacer lugar a la medida cautelar solicitada.

Respecto de la verosimilitud del derecho, resulta verosímil la denuncia del desarrollo de una actividad calificada de manifiestamente ilegal en relación con las quemas de pastizales, dado que vulnera de manera patente expresas prohibiciones contenidas en los términos del art. 41 de la Constitución Nacional y de las leyes 26.562 (Control de Quema), 26.815 (Manejo del Fuego), 26.331 (Bosques Nativos), 25.675 (Ley General. del Ambiente), 23.919 (Protección de los Humedales, RAMSAR), 24.295 (Convención Marco de las

Naciones Unidas sobre el Cambio Climático), y 27.520 (Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global).

Por su parte, el peligro en la demora surge de la necesidad de prevenir y evitar que el daño ambiental colectivo continúe o se agrave la degradación del ambiente (arts. 2°, 4°, 5°, 27 y concordantes de la ley 25.675, y arts. 1710 y 1711, del Cód. Civ. y Com. de la Nación) en la región del Delta del Paraná.

Así, se configura en autos el citado requisito para acceder a la cautela solicitada, ya que de la información aportada surge que la actividad de quema de pastizales, y los incendios, no ha desaparecido, sino que parece haber aumentado, con el consecuente impacto que esto tiene en el ambiente que se intenta proteger.

En suma, resulta con suficiente evidencia, aun en esta instancia cautelar del proceso, que hay una afectación severa de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional; que hay efectiva degradación ambiental o afectación del Delta del Río Paraná, que compromete seriamente su funcionamiento y sustentabilidad; que su conservación es prioritaria, no solo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras; y que como consecuencia de estos incendios, hay afectación en la calidad del aire.

10) Que la medida precautoria, cuya adopción el caso requiere, referida al sector donde se concentran los incendios reiterados —esto es, la región del Delta del Paraná— y el marco institucional en el que deberá llevarse a cabo (PIECAS-DP), impone que no se limite a las jurisdicciones territoriales demandadas (arg. de Fallos: 342:2136). Por esa razón, cabe incluir en la cautelar que aquí se dispone a la Provincia de Buenos Aires.

Que el juez Lorenzetti suscribe la presente en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe, y el juez Rosatti lo hace en la localidad de Santa Fe, provincia homónima, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal y sin perjuicio de lo que en el fondo se decida, se resuelve: I. Declarar la competencia del Tribunal para conocer en esta causa por vía de su instancia originaria, prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional. II. Cítese a la Provincia de Buenos Aires, en los términos del considerando 10 de esta resolución y del art. 94 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, por el plazo de 30 (treinta) días corridos. III. A los fines de su comunicación al señor Gobernador y Fiscal de Estado, de la Provincia de Buenos Aires, líbrese oficio al señor juez federal de turno de la ciudad de La Plata. IV. Disponer como medida cautelar que las Provincias de Santa Fe, Entre Ríos y Buenos Aires, y los Municipios de Victoria y Rosario, constituyan, de manera inmediata, un Comité de Emergencia Ambiental (dentro de la estructura federal concertada del PIECAS-DP), que tenga por objeto la contingencia descripta. V. Que dicho Comité adopte medidas eficaces para la prevención, control, y cesación de los incendios irregulares en los términos de la ley 26.562, en la región del Delta del Paraná. Se utilizará para ello las bases del PIECAS-DP, "Plan Integral Estratégico para la Conservación y Aprovechamiento Sostenible en el Delta del Paraná". VI. Que en el plazo de 15 (quince) días corridos presenten a esta Corte un informe sobre el cumplimiento de la medida ordenada, la constitución del Comité de Emergencia Ambiental y las acciones efectuadas. VII. Requerir a la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, a la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, al Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos y a la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, sin desmedro de sus respectivas competencias, se sirvan informar respecto de cada jurisdicción, sobre la existencia de causas judiciales relacionadas con el objeto de la presente, las medidas adoptadas y el estado de los procesos. VIII. Requerir al Estado Nacional (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), a las Provincias de Santa Fe y Entre Ríos y Buenos Aires y a las Municipalidades de Rosario y Victoria, el informe que prevé el art. 8° de la ley 16.986. Deberán acompañar copia de las actuaciones producidas y la documentación relacionada, y deberá ser evacuado, en todos los casos, en el plazo de 30 (treinta) días corridos. Para su comunicación al Estado Nacional, líbrese oficio al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación, a los señores Gobernadores de las Provincias de Santa Fe, y Entre Ríos, y a los respectivos Fiscales de Estado Provinciales, y a las Municipalidades de Victoria y Rosario, líbrense los oficios correspondientes (art. 341 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), por intermedio de los Juzgados Federales en turno, de las ciudades de Santa Fe, Paraná y Rosario, respectivamente. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.— *Carlos F. Rosenkrantz. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda. — Horacio Rosatti.*

Cooperación política y ambiental para salvar al Delta del Paraná

Cristian H. Fernández (*)

Sumario: I. El Delta en llamas.— II. Humedales sin fronteras.— III. Cooperación político-ambiental.— IV. El diálogo ambiental entre poderes y escenarios potenciales**.**

"La frontera se corrió y el avaro destruyó, sin escrúpulo ni son
y sin importarle nada. A la tierra volverás, no la hieras nunca más".
Raly BARRIONUEVO, "Tu memoria y tu mañana".

I. El Delta en llamas

El 11/08/2020, la Corte Suprema de Justicia de la Nación utilizó el caso "Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civ. c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental" para enviar un mensaje institucional a autoridades de distintas jurisdicciones afectadas por devastadores incendios que han adquirido magnitud regional.

El Alto Tribunal encara el caso desde dos perspectivas. Por un lado, la antropocéntrica, que se detiene en la afectación del derecho a la salud no solo de los isleños sino también de la población en general, como consecuencia de que el aire de ciudades vecinas como Rosario se ha visto contaminado por el humo de los incendios **(1)**. Por otro lado, presenta una mirada ecocéntrica-sistémica que enfatiza que los incendios descontrolados están devorándose un reservorio de biodiversidad que brinda alimento, refugio y sitios de reproducción a numerosas especies de peces, aves, reptiles y mamíferos **(2)**. En efecto, la Corte señala que, como consecuencia de los incendios, se pierden bosques, se afecta la función de humedales, se cambia abruptamente el uso del suelo, desaparecen innumerables especies de origen subtropical, de la vida silvestre, de la flora, de la fauna y la biodiversidad. Todo ello causa un riesgo de alteración significativa y permanente del ecosistema del Delta del Río Paraná.

Nuestro Máximo Tribunal no desconoce que los incendios constituyen una práctica antigua del avance de la frontera agrícola, pero alerta que, en la actualidad, han adquirido una dimensión gigantesca que afecta a todo el ecosistema y la salud de la población. En este sentido, la Corte explica que el caso no se trata de una quema aislada de pastizales, sino del efecto acumulativo de numerosos incendios que se han expandido por la región.

Frente a este cuadro de situación urgente, la Corte Suprema hace lugar a la medida cautelar solicitada por la Asociación Civil actora y ordena que las provincias de Santa Fe, Entre Ríos y Buenos Aires, y los municipios de Victoria y Rosario, constituyan un Comité de Emergencia Ambiental que adopte medidas eficaces para la prevención, el control y la cesación de los incendios irregulares.

Durante el desarrollo de este comentario, me propongo detener la mirada no solo en lo que dice el fallo de la Corte, sino en las proyecciones que este podría tener en los tiempos por venir.

(*) Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Carrera de Especialización en Derecho Ambiental (UBA). Docente en las materias Elementos de Derecho Administrativo y Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente (UBA).

(1) CS, 11/08/2020, "Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civ. c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental", consid. 4º, LL AR/JUR/30464/2020.

(2) CS, 11/08/2020, "Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civ. c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental", consid. 3º, LL AR/JUR/30464/2020.

II. Humedales sin fronteras

Existen múltiples ejemplos, tanto a nivel internacional como en el plano nacional, de que las acciones antrópicas que generan cambios o modificaciones profundas en ambientes naturales como selvas, bosques, humedales o incluso en la fauna misma, tienen un impacto a escala regional, nacional o, incluso, global.

El debate entre el presidente de Brasil Jair Bolsonaro y el francés Emmanuel Macron sobre el Amazonas tuvo que ver con eso. El presidente francés, aduciendo que las acciones en Brasil tienen repercusión en la salud del ambiente mundial, y el brasileño, argumentando soberanía y la pertenencia única de esta región al Estado sudamericano.

Otro caso más cercano lo encontramos en el conflicto entre La Pampa y Mendoza por la cuenca del río Atuel, en el cual la primera se ha considerado enormemente perjudicada con las acciones de modificación aguas arriba en la provincia vecina. Para resolver este conflicto judicial, la Corte Suprema dejó de lado la idea de que se trataba de un caso en el que disputaba el dominio del agua, para detener su mirada en un enfoque ecocéntrico sistémico.

El caso de un río es particularmente medible en términos de impacto, pero ¿qué pasa cuando la utilización irresponsable del ambiente genera un perjuicio a una provincia o provincias vecinas o incluso a la región, debido a la interrupción o alteración de un servicio ambiental o ecosistémico que un bosque o un humedal proveen?

Las conexiones ecológicas resultan extremadamente complejas de analizar y cuantificar. Esos servicios ambientales, tangibles o intangibles, son los necesarios para la supervivencia y estabilidad de los sistemas naturales, incluyendo en ello las actividades productivas que lleva adelante el hombre. Algunos casi imperceptibles, como la polinización de los insectos o los procesos de semillado de muchas plantas de interés productivo. Esos servicios de la naturaleza generados por los ecosistemas de un bosque nativo, por ejemplo, son necesarios para el concierto y la supervivencia del sistema natural y biológico en su conjunto, y para mejorar y asegurar la salud de las personas.

Los sistemas ambientales como los humedales del Delta son complejos desde una mirada biológica y atraviesan diferentes territorios. Los incendios que los arrasan, junto a la biodiversidad que alojan, tampoco reconocen fronteras geográficas.

No desconocemos que el último párrafo del art. 124 de la CN se refiere al dominio originario que las provincias tienen sobre sus "recursos naturales". Esa misma cláusula constitucional establece, en su primer párrafo, que las provincias pueden crear regiones para el desarrollo económico y social. ¿No podrían entonces crearse regiones para la conservación ambiental? Desde luego que sí. Podrían crearse áreas naturales protegidas que excedan los límites de una provincia.

La fauna, los bosques, los pastizales y los humedales se encuentran protegidos y regulados para su uso por las normativas provinciales y por las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental que dicta el Congreso de la Nación.

La legislación ambiental aborda esta compleja trama de procesos físicos y biológicos con un impacto extendido más allá de los límites geográficos de una provincia a través de leyes de presupuestos mínimos, como la Ley de Glaciares, la Ley de Control de Actividades de Quema o la Ley de Bosques, entre otras. A través de estas leyes, el Congreso de la Nación fija un límite a las provincias, que deberán respetar ese piso mínimo e inderogable de protección y solo podrán complementarlo mediante normas locales. A su vez, la Ley General del Ambiente nos habla de dos principios poco explorados en el desarrollo jurisprudencial de la Corte. Se trata de los principios de solidaridad y de cooperación.

El principio de solidaridad se aleja de la lógica de la construcción artificial de fronteras, ya que los sistemas naturales se extienden más allá del límite donde termina el poder de una comunidad local **(3)**. Esto es lo que sucede con los humedales, que atraviesan diferentes provincias, y

(3) ESAIN, José A., "La Ley General del Ambiente 25.675", en PALACIO de CAEIRO, Silvia B. (dir.), *Tratado de derecho federal y leyes especiales,* Ed. La Ley, t. I, p. 581.

con la fauna, que se traslada de una jurisdicción a otra.

El art. 4º, LGA, establece que el principio de solidaridad se orienta al accionar del Estado Nacional y de los Estados provinciales, a la responsabilidad primaria con relación a prevenir y mitigar el daño ambiental transfronterizo y a minimizar los riesgos sobre los recursos interjurisdiccionales. Este principio debe ser leído en forma simultánea con la distribución constitucional de competencias en materia ambiental, con las normas de presupuestos mínimos y con los Principios 7 y 27 de la Declaración de Río de Janeiro.

El ejercicio de las competencias concurrentes que la Constitución Nacional consagra en los arts. 41, 43, 75, incs. 17, 18, 19 y 30, y 125 no implica debilitar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno. En sentido contrario, da cuenta de la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la protección del ambiente **(4)**.

Hace algunos años, junto a Daniel Sabsay, consideramos que los principios de cooperación y solidaridad presentan una conexión evidente, ya que, cuando estamos en presencia de sistemas ambientales compartidos, resulta crucial la cooperación para que los principios de solidaridad y equidad sean operativos **(5)**.

A pesar de su importancia, el principio de solidaridad no es mencionado en el fallo "Equística". Por otra parte, el principio de cooperación sí ha sido invocado por la sentencia de la Corte Suprema y resulta gravitante para la decisión judicial objeto de este comentario.

III. Cooperación político-ambiental

La cooperación se traduce en el intercambio de información, necesidad de notificación y consulta, asistencia en la emergencia, coordinación de investigaciones científicas y asistencia técnica y financiera **(6)**.

La cooperación como principio de política ambiental y como valor social es un eje fundamental del caso "Equística". La Corte recuerda que el 25/09/2008 el Estado Nacional y las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe suscribieron un documento denominado "Carta de intención", en el que se comprometieron a la elaboración de un Plan Integral Estratégico para la Conservación y Aprovechamiento Sostenible en el Delta del Paraná (PIECAS DP). Entre los objetivos de dicho Plan se previó la necesidad de encontrar soluciones viables y efectivas a la problemática vinculada a los incendios que afectaron diferentes zonas del Delta del Paraná, así como la promoción de procesos tendientes al logro de una armonización normativa al servicio de la conservación y desarrollo sostenible de ese territorio. En el mismo Plan se previó la creación de un Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel para el Desarrollo Sostenible en la Región del Delta del Paraná, como instancia de coordinación de las acciones encaminadas al cumplimiento de los objetivos enunciados en el referido instrumento. Se estableció, asimismo, que las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe, conforme a sus ordenamientos jurídicos institucionales, convocarían a los municipios con competencia territorial en el área del Delta del Paraná a efectos de consensuar internamente sus propuestas para la elaboración e implementación del referido Plan Integral **(7)**. El citado Comité fue constituido mediante la res. SAyDS 675/2009. Sin embargo, la emergencia ambiental actual da cuenta de que las medidas adoptadas han sido ineficaces e insuficientes.

Este precedente negativo en materia de coordinación no representó obstáculo alguno para que nuestro Máximo Tribunal insista en este camino de cooperación política como forma de resolver la urgente y grave situación de los fo-

(4) CS, 03/11/2015, "Papel Prensa SA c. Estado Nacional (Buenos Aires, Provincia de, citada 3º) s/ acción meramente declarativa", consid. 5º, LL AR/JUR/43357/2015.

(5) SABSAY, Daniel A. — FERNÁNDEZ, Cristian H., "Principios de solidaridad, cooperación y equidad intergeneracional", LA LEY 2017-B, 599.

(6) LÓPEZ, Hernán, "La regulación del desarrollo sustentable", en WALSH, Jorge R. — DI PAOLA, María Eugenia (dirs.), *Ambiente, derecho y sustentabilidad,* Ed. La Ley, p. 453.

(7) CS, 11/08/2020, "Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civ. c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental", consid. 6º, LL AR/JUR/30464/2020.

cos de incendios. Para ello, incluso se apartó del principio de congruencia y amplió los efectos de la sentencia cautelar a una jurisdicción que no había sido demandada por la parte actora: la provincia de Buenos Aires. Es conocido que en los litigios ambientales existe una elasticidad de los principios procesales que no se da en otras ramas del derecho. Es por ello que la provincia de Buenos Aires fue citada como tercero en el marco de la causa. Esta citación es trascendente porque en el municipio bonaerense de San Fernando se creó en el año 2000 la Reserva de Biosfera Delta del Paraná a efectos de proteger 900 kilómetros cuadrados **(8)**.

En este contexto, la Corte Suprema concede la medida cautelar disponiendo que las provincias de Santa Fe, Entre Ríos y Buenos Aires, y los municipios de Victoria y Rosario, constituyan, de manera inmediata, un Comité de Emergencia Ambiental que adopte medidas eficaces para la prevención, el control y la cesación de los incendios irregulares en los términos de la ley 26.562, en la región del Delta del Paraná. Para llevar adelante estos cometidos, la Corte ordena tomar como base el PIECAS DP. A partir de este fallido plan original se intentará edificar una nueva asociación cooperativa entre gobiernos provinciales y municipales, que deberán efectuar todo el esfuerzo que sea necesario para mitigar el daño ambiental colectivo y los impactos acumulativos que de este se desprenden.

Asimismo, la Corte requiere que el Ministerio de Ambiente de la Nación produzca un informe en respuesta al amparo ambiental. De esta manera, un nuevo jugador a nivel nacional se introduce en esta coordinación interjurisdiccional.

Recientemente, se ha anunciado la creación de faros de conservación, que estarán ubicados en las cercanías de zonas con alta recurrencia de incendios y tendrán una base para la presencia constante de personal, que contará con equipamiento y herramientas específicas como lanchas, vehículos, drones, sistemas de control, estación meteorológica, equipos de comunicación y de monitoreo ambiental **(9)**. Justamente, para que esta estrategia edificada sobre el paradigma de la prevención tenga éxito, es fundamental dotar a los bomberos voluntarios, brigadistas y guardaparques de los recursos económicos y tecnológicos que les permitan sofocar los focos de incendios descontrolados y les brinden protección en esta titánica y heroica tarea.

El principio de cooperación debe integrarse con los principios de solidaridad y equidad intergeneracional, y el plan de acción conjunto debe ser encarado con un enfoque ecocéntrico sistémico que respete el deber constitucional de preservar la biodiversidad. Estas son las coordenadas correctas para enfrentar la crisis actual y construir un diseño institucional robusto que contemple al ambiente como un sistema más allá de las fronteras provinciales.

La cooperación y coordinación debe comenzar por las autoridades políticas, pero no debe detenerse allí. Desde luego que los gobernantes son los que cargan con la responsabilidad de poner un punto final a la destrucción del ecosistema de las islas del Delta. No obstante, es necesario incluir y comprometer en el debate y en las acciones de mitigación a la sociedad civil, al sector productivo y a las universidades. En este sentido, el Observatorio Ambiental de la Universidad de Rosario (UNR) **(10)** representa un insumo de utilidad para las autoridades de cara al monitoreo satelital de los incendios y de información para la ciudadanía acerca de la dimensión de esta crisis.

IV. El diálogo ambiental entre poderes y escenarios potenciales

La grave problemática de los incendios en el Delta no es novedosa. En el año 2008, Miguel Lifschitz, por entonces intendente de Rosario, promovió una demanda contra la provincia de Entre Ríos ante la jurisdicción originaria de la Corte Suprema a efectos de lograr el cese de las quemas de pastizales y de la afectación de los habitantes de la ciudad de Rosario y la degra-

(8) Ver *https://www.sanfernando.gob.ar/municipio/secretarias/secetaria-de-salud/direciion-general-de-medio-ambiente/reserva-de-biosfera-delta-del-parana/caracteristicas.*

(9) Ver *https://www.argentina.gob.ar/noticias/cabandie-junto-perotti-anuncio-la-creacion-de-los-primeros-faros-de-conservacion-del-delta.*

(10) Ver *http://observatorioambiental.org/*.

dación del medio ambiente. En ese momento, no hubo coordinación política y la Corte tomó intervención para forzar un diálogo imprescindible entre una ciudad y las autoridades provinciales a efectos de mitigar el daño ambiental. A partir de ello, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable elaboró el PIECAS DP.

En ese contexto de gravedad, en el Congreso de la Nación fue debatida y sancionada en diciembre de 2009 la ley 26.562, que estableció los presupuestos mínimos para el control de actividades de quema en todo el territorio nacional. Esta es una de las normas que fue invocada por la Corte en el caso "Equística". Las otras normas invocadas fueron la ley 27.520 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global, la ley 26.815 de presupuestos mínimos que regula la protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales en el ámbito del territorio nacional, y la ley 26.331 que establece los presupuestos mínimos respecto de la protección de los bosques nativos **(11)**.

Aquí, la cooperación aparece en una dimensión diferente a la referida en el apartado anterior. Se trata de la coordinación entre los diferentes poderes de un mismo Estado. Alejándose de la confrontación, estamos en presencia del paradigma conocido como "diálogo entre poderes", que permite un encuentro entre los jueces y las burocracias administrativas a fin de que los derechos constitucionales no se conviertan en una mera expresión de deseos **(12)**.

Doce años más tarde del amparo ambiental planteado por el intendente de Rosario por las quemas de pastizales, la decisión del Alto Tribunal en el caso "Equística" transmite una sensación de *déjà vu*. Ello, en virtud de que la actual crisis incendiaria en el Delta del Paraná es la muestra cabal de que el PIECAS ha fracasado. A pesar de esto, la Corte se autolimita en su decisión e insiste con la misma fórmula de requerir a las autoridades políticas a nivel provincial, municipal y nacional que unan esfuerzos enmarcados en un Comité de Emergencia destinado a poner fin a los focos actuales y prevenir futuros daños. El consid. 8º del fallo objeto de comentario se refiere a que, en este contexto de emergencia ambiental **(13)**, los incendios deben detenerse o controlarse de inmediato, y que "[l]a intervención de la justicia, en el caso, será para fortalecer las labores de fiscalización por parte de los Estados en el ejercicio efectivo del poder de policía ambiental, en cumplimiento de las leyes ambientales citadas" **(14)**. Entre las normas invocadas por el fallo no aparece el Convenio sobre la Diversidad Biológica (ley 24.375). Justamente, esta norma no debe perderse de vista, en virtud de que el fuego está arrasando los humedales y la biodiversidad de las islas del Delta **(15)**.

El fallo sí cita la ley 27.520 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global, pero omite mencionar el concepto de "justicia climática", que comenzó a delinear en el caso "Barrick" como "la perspectiva que intenta integrar una multiplicidad de actores para abordar de manera más sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad" **(16)**. Así, se desperdició una oportunidad de continuar desarrollando un concepto gravitante para el futuro del litigio estratégico.

De todas formas, estimo que esta no será la última decisión de la Corte Suprema respecto de los incendios, sino que realizará un monitoreo de su propio fallo a fines de constatar la eficiencia del Comité de Emergencia Ambiental en el objetivo de detener y prevenir las llamas, tal como lo ha hecho en el pasado en la megacausa "Mendoza, Beatriz" o en el conflicto por la cuenca del Atuel entre La Pampa y Mendoza. En efecto, si el mencionado Comité no adoptara medidas eficaces, la Corte podría hacerlo en su lugar, de la misma manera que fijó un caudal ecológico para el río Atuel frente a las discor-

(11) CS, 11/08/2020, "Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civ. c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental", consid. 7º, LL AR/JUR/30464/2020.

(12) Ver GARGARELLA, Roberto (comp.), "Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática", Ed. Siglo Veintiuno.

(13) Art. 2º, inc. K), ley 25.675.

(14) CS, 11/08/2020, "Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civ. c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental", consid. 8º, LL AR/JUR/30464/2020.

(15) Ver *https://www.lanacion.com.ar/sociedad/incendios-argentina-cuales-son-algunas-especies-mas-nid2447480*.

(16) CS, Fallos 342:917, consid. 21.

dancias entre las provincias que son recorridas por aquel **(17)**.

Dada la situación de distanciamiento social preventivo y obligatorio (DISPO) que atraviesa el país como consecuencia del COVID-19, la Corte podría convocar a la primera audiencia pública virtual de su historia para que los miembros del Comité de Emergencia den cuenta ante los jueces del Máximo Tribunal de las acciones realizadas para detener los incendios. A esa audiencia virtual podrían asistir también especialistas y las ONG ambientales y conservacionistas.

El fallo objeto de comentario omite citar el principio *in dubio pro aqua*, al cual acudió en el año 2019 la Corte para resolver el caso "Majul". Justamente, los incendios descontrolados ponen en peligro los humedales, cuya importancia fue puesta de relieve por el Alto Tribunal en el citado precedente. Allí, dijo que los humedales cumplen una función vital en materia de control de crecidas e inundaciones, protección de tormentas, recargas de acuíferos y retención de sedimentos y agentes contaminantes. A su vez, destacó que los humedales cubren solo el 2,6% de la Tierra, registrándose actualmente una pérdida global de aquellos, debido a la actividad antrópica, del 54%. En este contexto, en el consid. 13 del caso "Majul", la Corte Suprema explicó la estrecha conexión que existe entre los principios *in dubio pro aqua* e *in dubio pro natura* y su trascendencia. A saber: "...el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solo los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (CS, 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. 4º de la ley 25.675) (...). Especialmente el principio *in dubio pro aqua*, consistente con el principio *in dubio pro natura,* que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua 'deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos' (UICN, Octavo Foro Mundial del Agua. *Brasilia Declaration of Judges on Water Justice*, Brasilia, 21/03/2018)" **(18)**.

Más allá de la decisión judicial, el diálogo ambiental entre poderes también abarca al Congreso de la Nación, puesto que, en la actualidad, se está debatiendo en Comisiones un Proyecto de Ley de Humedales. De la misma manera en que los incendios de 2008 forzaron el debate y la sanción en el año 2009 de la ley 26.562, que estableció los presupuestos mínimos para el control de actividades de quema en todo el territorio nacional, hoy la sociedad civil le exige a diputados y senadores la sanción urgente de una Ley de Presupuestos Mínimos para la Protección de Humedales. Fernando Miñarro, Licenciado en Ciencias Biológicas y director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre, enfatizó ante la Comisión de Recursos Naturales y Conservación del Ambiente la necesidad no solo de un inventario de humedales, sino también de un ordenamiento ambiental del territorio para que los incendios no se corran de una región a otra **(19)**.

Ana di Pangracio, directora ejecutiva adjunta de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), en su exposición ante la Comisión de Ambiente del Senado, opinó que la Ley de Humedales necesita ser una norma progresista, que sea un reflejo del derecho ambiental moderno, consagrando principios legales como el de prevención, precautorio, de no regresión, *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* **(20)**. A su vez, compartió los contenidos mínimos que las ONG que conforman el programa Humedales sin Fronteras han elaborado para dotar de un engranaje institucional a la futura Ley de Humedales que permita asegurar su implementación desde el momento de su promulgación **(21)**.

Una Ley de Humedales constituye una herramienta trascedente pero insuficiente por sí

(17) CS, 12/08/2020, "La Pampa, Provincia c. Mendoza, Provincia s/ uso de aguas", LL AR/JUR/24368/2020.

(18) CS, Fallos 342:1203, consid. 13.

(19) Ver *https://youtu.be/BadEcHsS2rg?t=3762.*

(20) Ver *https://youtu.be/qdG12WCu75s?t=259.*

(21) Ver *https://www.leydehumedalesya.org/archivos/documentoContMin.pdf.*

sola para la protección integral de estos ecosistemas complejos y dinámicos. Además, se necesita un compromiso multisectorial, un control riguroso de las autoridades sobre las actividades de quema en el territorio y un presupuesto adecuado que permita la realización del inventario de humedales y garantice el cumplimiento de los fines de la ley.

A esta altura, corresponde destacar que, en caso de continuar los incendios, existen otras causas judiciales en trámite ante la Corte Suprema en las que los jueces de este tribunal podrían enviar mensajes institucionales a las autoridades de los municipios y provincias miembros del Comité de Emergencia. Me refiero, en particular, a la causa "Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c. Entre Ríos, Provincia y otros s/ amparo ambiental". Allí, las ONG Foro Ecologista de Paraná y Asociación Civil por la Justicia Ambiental, juntamente con niños y niñas menores de edad representados por sus padres, han planteado un caso mucho más profundo y robusto que la medida cautelar propuesta por "Equística", que apenas contaba con 4 páginas. En rigor, el planteo que aún no fue resuelto por el Alto Tribunal involucra la declaración de sujeto de derecho al "Delta del Paraná", haciendo especial hincapié en su carácter de ecosistema esencial para toda la región, la elaboración e implementación de un Ordenamiento Territorial Ambiental y de un plan de regulación de los usos del suelo en el territorio insular, y la conformación de un pacto intergeneracional para la sostenibilidad del Delta en su conjunto. Estas ideas y pretensiones nos recuerdan un caso de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia del 05/04/2018, en el que se ordenó la protección de la Amazonia colombiana **(22)**. Lo medular de esta sentencia es el reconocimiento de la legitimación a menores de edad, que se verán afectados, dentro de décadas, por la deforestación en la Amazonia colombiana y sus efectos en el cambio climático. Corresponde señalar que la acción fue interpuesta por un colectivo en el que se encuentran niños desde 7 años hasta jóvenes de 25 años contra el presidente de la República, los Ministerios de Ambiente y Agricultura, la Unidad de Parques Nacionales Naturales y distintas gobernaciones, como consecuencia del incremento de la deforestación en la Amazonia. Una de las premisas de esta acción popular es que Colombia adquirió un compromiso internacional a través del Acuerdo de París para reducir los gases de efecto invernadero que provoca la deforestación. Durante el desarrollo de la vida adulta de los promotores de la acción, entre los años 2040 y 2070, y su vejez, desde el 2071 en adelante, según los escenarios de cambio climático, la temperatura promedio en Colombia aumentará 1,6ºC y 2,14ºC, respectivamente.

La Corte Constitucional de Colombia exhortó al presidente de la República de Colombia a construir en un plazo de 5 meses un Pacto Intergeneracional por la Vida del Amazonas Colombiano, tendiente a reducir a cero la deforestación.

Existe una relación estrechísima entre los derechos de la niñez y el cuidado del ambiente **(23)**. La mencionada sentencia protege a la Amazonía colombiana, al exigir un pacto intergeneracional que ponga fin a la injusticia climática. Esa misma mirada intergeneracional y una demanda social parecida han tenido recepción en el planteo de la Asociación Civil por la Justicia Ambiental, el Foro Ecologista de Paraná y los niños y niñas representados por sus padres, en trámite ante nuestra Corte Suprema.

Nuestra Constitución no consagra los derechos de la naturaleza. Tampoco lo hace la Constitución colombiana. Sin embargo, allí el activismo judicial de la Corte Constitucional ha avanzado en un paradigma en armonía con la naturaleza.

¿Es posible que los humedales del Delta sean considerados sujetos de derechos? ¿Es factible un pacto intergeneracional para salvar al Delta del Paraná? Los jueces de nuestro Máximo Tri-

(22) Corte Constitucional de Colombia, 05/04/2018, "Andrea Lozano Barragán, Victoria Alexandra Arenas Sánchez, José Daniel y Félix Jeffry Rodríguez Peña, entre otros c. Presidencia de la República, los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Agricultura y Desarrollo Rural, la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales y las Gobernaciones de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Putumayo y Vaupés".

(23) CS, Fallos 339:1423; BARRILIS, Natalia — FERNÁNDEZ, Cristian, "Niñez y ambiente: el derecho al futuro", RDFyP, vol. 2019-6, Ed. La Ley, ps. 149-158.

bunal son los únicos que tienen las respuestas a estos interrogantes.

Si seguimos las mismas recetas del pasado, probablemente tengamos los mismos resultados. Quizás ha llegado el momento en nuestro país de avanzar hacia nuevos horizontes en materia de justicia climática y protección ecosistémica.

Esta historia continuará en un futuro capítulo del diálogo ambiental entre poderes.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

La vulneración de los derechos de la naturaleza: las acciones y omisiones lesivas, a propósito de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana

Wladimir Tene Sotomayor (*)

En el marco de los derechos constitucionales de la naturaleza, uno de los aspectos que más interesa y ocupa es la actuación de los operadores de justicia cuando aplican las garantías jurisdiccionales. Esto podría explicarse, muy brevemente, debido a la constitucionalización de un nuevo sujeto en el derecho ecuatoriano, la naturaleza como sujeto activo, cuyo apercibimiento en el sistema jurídico requiere de un nuevo planteamiento en su aprendizaje y enseñanza. Los jueces (capaces o no) son los que tienen la responsabilidad de interpretar este desconocido modelo constitucional y ofrecernos estándares cada vez más concretos sobre el contenido de los derechos **(1)**, al igual que los legisladores (capaces o no), de erigir las normas que finalmente serán interpretadas por los jueces en los casos prácticos.

Llegado este punto, es necesario preguntarse: ¿cuánto ha trascendido (si es que lo ha hecho) la jurisprudencia ambiental ecuatoriana (tanto la de los derechos ambientales de las personas como la de los derechos de la naturaleza)?; ¿cuál ha sido el aporte de los jueces ecuatorianos para conocer el alcance y el contenido de estos derechos y ponderarlos con otros valores constitucionales?; ¿los jueces, con sus decisiones, han debilitado estos derechos o les han dado efectividad?

Este trabajo pretende analizar y comentar los pronunciamientos judiciales que se han dictado en el ámbito de los derechos de la naturaleza, centrándonos en los aspectos significativos de su garantía. De alguna manera, lo que se procura evidenciar en el ámbito judicial es si estos derechos han pasado de ser una mera declaración formal a una realidad. Para ello se han seleccionado, bajo el criterio del autor, las decisiones más representativas. El principal criterio de selección fue la prevención ambiental, en algunos

(*) Abogado por la Universidad Católica de Guayaquil. Máster en Derecho Ambiental por la Universidad de Andalucía. Máster en Práctica Jurídica por la Universidad de Salamanca. Profesor invitado en las cátedras de Derecho Ambiental y Sujetos de Derecho por la Pontificia Universidad Católica. Profesor invitado en las cátedras de Derecho Ambiental y Contratación Pública por la Universidad de los Hemisferios. Como asesor en la Asamblea Nacional trabajó en la elaboración del Código Orgánico del Ambiente. Abogado en libre ejercicio en temas ambientales.

(1) La Corte Constitucional, en su sentencia 166-15-SEP-CC, caso 0507-12-EP, de fecha 20/05/2015, ha dicho que "el carácter constitucional reconocido a los derechos de la naturaleza, conlleva de forma implícita la obligación del Estado a garantizar su goce efectivo, recayendo específicamente, dentro de los órganos judiciales la tarea de velar por la tutela y protección de estos, en aquellos casos sometidos a su conocimiento y donde puedan resultar vulnerados". La misma Corte, en otra ocasión, en el dictamen 001-14-DRC-CC, caso 0001-14-RC, de fecha 31/10/2014, ha manifestado que "tampoco se alcanzará su eficacia [refiriéndose a la acción de protección] con el solo establecimiento de normas reglamentarias en la Constitución, sino que se requiere del auxilio necesario del resto de fuentes del derecho, y principalmente de la jurisprudencia constitucional, fuente sociológica y dinámica de la Carta Fundamental".

casos utilizada (en otros vilipendiada) por los jueces como la forma más precisa de garantizar los derechos de la naturaleza.

Iniciaremos con el análisis de las actuaciones y omisiones lesivas que originan la vulneración de los derechos de la naturaleza, para después ocuparnos de las sentencias constitucionales, en especial, las que se enfocan en la evidencia de los daños como condición *sine qua non* para la protección de los derechos.

Como antesala, debemos reseñar el carácter fundamental que revisten todos los derechos constitucionales, pues estos constituyen un escudo y baluarte frente al poder del Estado **(2)** o frente al abuso de las personas. Como lo explica Volpi, sin derechos no hay democracia, y esta última debe ser entendida como una forma de inmunizar a los particulares contra los abusos de cualquier poder.

Para la consecución de los derechos constitucionales existen principios que deben guiar las actuaciones estatales, en este caso la de los jueces, cuya regla general está enunciada en el art. 11 de la Constitución de la República. En materia ambiental contamos con un elenco de principios constitucionales que sirven para aplicar e interpretar los derechos de la naturaleza **(3)**. Femenías e Irarrázabal nos dicen: "se trata de principios que permiten evitar la entrega de un poder excesivo al aplicador de las normas, pues delimitan su marco de acción dentro de los postulados que estos establecen, proporcionándole criterios que condicionan su labor, criterios cuya fuerza radica en la importancia estructural que tienen en el seno del derecho ambiental" **(4)**.

En el Ecuador se encuentran reconocidos constitucionalmente, de forma separada e independiente, el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art. 14) y los derechos de la naturaleza (arts. 71 y 72). Cada derecho se caracteriza por su contenido específico. El primero, como un elemento esencial para la vida humana y el desarrollo de los individuos, y los segundos, como prerrogativas propias de la naturaleza alejadas de los intereses humanos **(5)**. Ambos derechos son exigibles y directamente ejercitables ante la justicia.

También forman parte de la Constitución el interés público por la preservación del ambiente y el interés público por la conservación de la biodiversidad **(6)**, a nuestro entender, como una regla de contenido y de límite que rige a la actividad administrativa del Estado. Esto quiere decir, a nuestro juicio, que todos los poderes públicos están sujetos a la tutela de los intereses ciudadanos estatuidos en la Carta Suprema. Así, el interés público y general demanda el deber elemental de todos, en especial del Estado (la mejor representación de una comunidad organizada cuyo fin es el bien común, en este caso, el bien común ambiental), de respetar los

(2) Según González Morales: "El ideario de la Ilustración tuvo como uno de sus ejes centrales el fortalecimiento del individuo frente al Estado. El acento estaba puesto en la esfera de la autonomía personal, que, por así decirlo, importa una barrera detrás de la cual el Estado no puede interferir. En la concepción tradicional del Estado, en cambio, el elemento definitorio no era la autonomía individual sino el rol que los distintos grupos al interior de la sociedad debían desempeñar para satisfacer los fines del Estado". GONZÁLEZ M., Felipe, "Sistema interamericano de derechos humanos", Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2013, p. 380.

(3) El inc. 2º del art. 71 de la Constitución determina que para aplicar e interpretar los derechos de la naturaleza se observarán los principios establecidos en ella, en lo que proceda.

(4) AGUILA, Yann — DE MIGUEL PERALES, Carlos — TAFUR, Víctor — PAREJO, Teresa (eds.), "Principios de derecho ambiental y Agenda 2030", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 48.

(5) La jueza de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Cotacachi, en la acción de protección constitucional con medidas cautelares 10332-2020-00418, de fecha 21/10/2020, nos dice: "A pesar de que políticamente se calificaba como ingenuas las primeras propuestas en cuanto al reconocimiento de los derechos de la naturaleza en el órgano constituyente, diríase que Ecuador tiene la que podría ser la Constitución más progresista del mundo que, ante problemas ambientales como la contaminación difusa del agua, la baja calidad del aire en las zonas urbanas, el tratamiento insatisfactorio de los residuos, y el declive de especies y hábitats, reconoce la necesidad y de una transición hacia un cambio de paradigma: del derecho a la naturaleza a los derechos de la naturaleza".

(6) Art. 14, capítulo segundo: "Derechos del buen vivir", del tít. II: "Derechos", y art. 400, capítulo segundo: "Biodiversidad y recursos naturales", del tít. VII: "Régimen del buen vivir", los dos de la Constitución.

derechos de la naturaleza y de cuidarla diligentemente. Estamos hablando de un asunto de comunidad que nos atañe e interesa a todos **(7)**, cuya finalidad colectiva busca el aseguramiento de la naturaleza.

Estos derechos (el de vivir en un ambiente sano y los de la naturaleza) surgen de la necesidad (o urgencia) de contar con una cláusula general de protección *supralegal* que permita encarar el deterioro de los ecosistemas, poner límites, eliminar excesos (de actores públicos y privados) y regular los riesgos cada vez más asociados a la industria y a la tecnología, así como regular las condiciones desiguales en materia ambiental, social y económica.

El derecho a vivir en un ambiente sano se relaciona estrechamente con los demás derechos fundamentales (cierta parte de la doctrina ha dicho que este derecho es amplio y complejo), especialmente con el derecho a la vida, a la salud, a la integridad, etc., teniendo en cuenta que sus aspectos inciden en el núcleo más íntimo de la vida de las personas, como lo son: la dignidad, la libertad y el desarrollo de la personalidad. Su objetivo se encamina a garantizar la calidad de vida y el bienestar de los seres humanos.

En palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "la calidad de la dignidad humana representa el eje dinamizador e interpretativo de todo el sistema de protección de los derechos humanos..." **(8)**.

Por su parte, los derechos de la naturaleza, en estos últimos lustros, se han ubicado jurídicamente en un peldaño más adelante que los derechos ambientales de las personas. El derecho, en este ámbito, no se encarga de preservar la biodiversidad por el beneficio que le representa al ser humano o porque esta le sirve como medio para satisfacer sus derechos más elementales, sino de garantizar sus facultades específicas como la existencia, los ciclos vitales, la estructura, las funciones, los procesos evolutivos y la restauración.

Podríamos decir que los derechos de la naturaleza (naturaleza como sujeto del derecho), a diferencia de los derechos de las personas, cuya facultad se ejerce sobre las cosas o se exterioriza en las prestaciones, se manifiestan, en su objeto, nada más que en las obligaciones. Estamos, pues, ante la presencia de unos derechos que generan exclusivamente obligaciones.

Algunos jueces tienen la dificultad de distinguir los derechos de la naturaleza con el derecho de las personas a vivir en un ambiente sano. Es el caso del Tribunal de Garantías Penales del Azuay en el proceso 01904-2020-00034, de fecha 22/10/2020, en el que manifestó:

"...[C]abe preguntarnos si al haberse dado titularidad de derechos a la naturaleza, ¿cómo puede aquella exigirle al Estado, el reconocimiento y la reparación integral si existe una vulneración que afecte sus intereses? La respuesta la encontramos en el desarrollo constitucional previsto en el art. 399 de la Carta Fundamental del Estado (...) que en el Ecuador se ha consagrado como un derecho que se sustenta en el buen vivir [se refiere a los derechos de la naturaleza], que permite reconocer que este derecho a la naturaleza es fundamental para la existencia humana y por ello que requiere de la coexistencia de ambientes sanos, que se encuentra destinado a conservar la naturaleza y con ello mantener un ambiente sano de manera que se garantice a las personas el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire, suelo y los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural (...). Por tanto, ese derecho que es de la naturaleza con su propia titularidad, también sirve a los intereses del grupo; y, con ello evidentemente se convierte en un derecho colectivo, que está por encima de intereses particulares".

(7) Según el art. 83 de la Constitución, entre los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos están: 3. Defender la integridad territorial del Ecuador y sus recursos naturales. 5. Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento; y 6. Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible. Esto guarda lógica con el interés general de la conservación de la biodiversidad, pues el Estado no podrá lograr dicho objetivo si el ciudadano no se somete a las normas ni a las potestades de la autoridad pública.

(8) "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 01/11/2019 [Informe preparado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos], párr. 42.

El derecho a vivir en un ambiente sano y los derechos de la naturaleza forman parte del catálogo de los derechos constitucionales; así, su atención y aplicación debería ser igual y compatible con la que se dispensa a todos los derechos constitucionales, guardando cierta armonía, razonabilidad y proporcionalidad si estos entran en conflicto **(9)**.

Estos derechos, en igualdad de condiciones y por los principios constitucionales de igual jerarquía e interdependencia, tienen la facultad de gozar de las mismas garantías constitucionales. Es el caso de las garantías jurisdiccionales, cuya función es la tutela efectiva de los derechos cuando se quiere evitar su apocamiento.

En palabras de Prieto Méndez, en todo análisis se debe considerar que "...los derechos constitucionales son un todo indivisible. Es decir, se debe entender que debido a la igualdad jerárquica de los derechos constitucionales, sería inconstitucional someter los DDN [se refiere a los derechos de la naturaleza] a otros derechos constitucionales" **(10)**.

Ciertamente, estos derechos poseen un valor oponible que permite cotejarlos con los demás derechos constitucionales, restringiendo todo tipo de extremos o abusos, imponiendo cargas, condiciones o deberes, o restringiendo ciertas conductas que supongan su interferencia o desconocimiento. Es decir, en razón del derecho a vivir en un ambiente sano y los derechos de la naturaleza se puede —y se debe— delimitar el alcance de los derechos constitucionales.

Desde 1978, en el Ecuador ya se adelantaba la posibilidad de restringir ciertos derechos con base en el derecho a vivir en un ambiente sano. La Constitución Política de 1978, citada en una sentencia de la Corte Constitucional, específicamente la 230-18-SEP-CC, del caso 0105-14-EP, de fecha 27/06/2018, en su art. 19 disponía lo siguiente:

"Art. 19. Sin perjuicio de otros derechos necesarios para *el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona*, el Estado le garantiza: (...) 2. El derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. *Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades, para proteger el medio ambiente*" (el destacado nos pertenece).

Otra muestra es la sentencia C-045/19, de fecha 06/02/2019, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, en la que nos advierte que el derecho a la propiedad o la libertad económica están supeditados a la protección del ambiente y a la función ecológica de la propiedad. Así:

"...[S]i bien la actividad económica y la iniciativa privada son libres, solo lo son dentro de los límites del bien común. Además, las empresas tienen una función social y ecológica, lo cual implica el cumplimiento de obligaciones, como la protección del bienestar animal y la protección de los recursos naturales (art. 333). Sobre este aspecto, la sala estima que, en cuanto la permisión de la caza deportiva desconoce el deber de protección al ambiente sano, los cotos de caza deportiva, así como las actividades de caza, desbordan los límites del derecho a la propiedad, en cuanto tal derecho está supeditado a la función ecológica de la propiedad. La autorización legal de la caza deportiva también excede los límites constitucionales de los derechos a la

(9) La tensión irresuelta que pervive entre los derechos empresariales o patrimoniales y los derechos ambientales y ecológicos dio paso a un nuevo dilema (en el contexto internacional) entre "explotación" y "conservación", quedando como resultado el desarrollo sostenible. Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: "El reconocimiento del carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos humanos mediante la adopción y aplicación de diversos instrumentos y tratados sobre la materia implica la exigencia de cerrar las brechas existentes de protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en comparación con los derechos civiles y políticos desde los diversos campos que los afectan. Dada la conexidad y estrecha relación entre unos y otros, como la de su naturaleza universal y arraigo interamericano, estos principios deben ser reafirmados al prestar especial atención a la realización de los derechos humanos, teniendo en cuenta los múltiples impactos que se puedan generar en el marco de actividades y operaciones empresariales". "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", ob. cit., párr. 43.

(10) PRIETO MÉNDEZ, J., "Derechos de la naturaleza: fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional", Centro de Estudios y Difusión del Derecho, Corte Constitucional, Quito, 2013, p. 99.

iniciativa privada y la libertad económica, que están supeditados a la protección del ambiente. Por consiguiente, los derechos a la propiedad, la iniciativa privada y la libertad económica, están limitados por la prohibición del maltrato animal".

El derecho a vivir en un ambiente sano y los derechos de la naturaleza actúan como guías de conducta o referentes obligatorios. Estos derechos bien pueden constituirse en criterios de interpretación y parámetros de constitucionalidad de las normas ya dictadas o las que se vayan a dictarse.

Además, estos derechos sirven para informar y potenciar las normas ambientales y hacerlas más estrictas, en especial las procedimentales (acceso a la información, participación y acceso a la justicia) como las sectoriales; estas últimas pueden endurecerse, razonada y proporcionalmente, incorporando los criterios ambientales en todos los procesos productivos [el argumento de este supuesto es el carácter multidimensional del medio ambiente, su transversalidad en todas las materias **(11)** y su contenido integrado a todas ellas **(12)**].

Estos derechos, también, pueden y deben ser usados como títulos habilitantes de la intervención de la Administración, justificando su actuación o restringiéndola, instituyéndose como parámetros de control de los actos, contratos y resoluciones administrativas.

Por otra parte, el cuidado del medio ambiente viene dado no solo por obligación constitucional, conforme ya nos hemos referido, sino por estar sujetos como país a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre **(13)**, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador (instrumentos directamente relacionados con la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales).

En cabeza del Estado ecuatoriano yacen obligaciones internacionales que está obligado a cumplir, especialmente cuando se trata de respetar (abstenerse de entrometerse en la esfera individual de las personas) y garantizar (facilitar las condiciones para el ejercicio de los derechos) los derechos humanos; por ello, es deber de los jueces, cuando motivan sus sentencias, examinar la constitucionalidad y la convencionalidad de las actuaciones estatales. El incumplimiento de la Convención Americana por la violación de los derechos humanos reconocidos por dicha Convención, así como el irrespeto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o a sus opiniones consultivas, constituyen un hecho imputable al Estado infractor que compromete su responsabilidad **(14)**.

La Corte Constitucional ecuatoriana, a este respecto, expresó en su sentencia 11-18-CN/19, de fecha 12/06/2019: "Los derechos y las garantías que se derivan de la interpretación auténtica de la Corte IDH a la CADH, que constan en las opiniones consultivas, son parte del sistema jurídico ecuatoriano, y tienen que ser observa-

(11) La Constitución, en su art. 395, numeral 2, recoge el principio de transversalidad ambiental de la gestión pública, según el cual "las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional".

(12) En el Prólogo del libro de Rodrigo Guzmán Rosen se dice: "Por tanto, 'el factor ambiental' debe estar presente en el ordenamiento todo, debe teñirse de verde todo nuestro sistema jurídico, desde la regulación mercantil a la administrativa, desde el derecho de la minería hasta la ordenación del sector eléctrico, de público a lo privado. El derecho ambiental crece y crece porque alcanza a un sector tras otro, pero de lo que se trata no es de que acote los sectores, sino que los colonice, hasta que podamos hablar, por poner un sector especialmente importante en Chile, no de un derecho minero 'limitado' o 'regulado' por el derecho ambiental, sino de un derecho minero en el que con toda naturalidad se integre el factor ambiental no tanto como obstáculo frente a lo que se querría y podría hacer, sino como la inexcusable condición para que la actividad minera será socialmente aceptada y aceptable". GUZMÁN ROSEN, R., "Derecho ambiental chileno", Ed. Planeta Sostenible, Santiago de Chile, 2012, p. 15.

(13) Instrumento que dio vida a los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales. Véase todo lo relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano en GONZÁLEZ M., Felipe, "Sistema interamericano...", ob. cit., ps. 379-456.

(14) Véanse los párrs. 38, 39, 141 y 255 de la sentencia 11-18-CN/19, caso 11-18-CN, de 12/06/2019, Corte Constitucional.

dos en Ecuador por toda autoridad pública en el ámbito de su competencia". Esta Corte aseguró: "Si de lo que se trata es de proteger los derechos de las personas y de la naturaleza, aplicar las normas constitucionales y de los instrumentos internacionales es una forma de garantizarlos y de prevenir violaciones" **(15)**.

Lo referido por la curia constitucional supone varias cosas, entre las cuales, y para efectos de este trabajo, la integración, la interpretación y el desarrollo de los derechos y las garantías constitucionales deben darse de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus opiniones consultivas (de manera progresiva, dinámica y evolutiva).

Por su lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-23/17, de 15/11/2017, titulada "Medio ambiente y derechos humanos", reconoce la relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de los derechos humanos, en tanto que la degradación ambiental afecta su goce efectivo **(16)**. "La Corte considera que, entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales, se encuentran los derechos a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, derecho a la propiedad y el derecho a no ser desplazado forzadamente" **(17)**. Asimismo: "La Corte reitera que una protección adecuada del medio ambiente es esencial para el bienestar humano, así como para el goce de múltiples derechos humanos, en particular los derechos a la vida, a la integridad personal, la salud y el propio derecho a un medio ambiente sano (*supra* párrs. 47 a 69)" **(18)**.

El derecho humano a un medio ambiente sano en el sistema interamericano (art. 26 de la Convención Americana) dejó de ser programático y pasó a ser vinculante para los Estados. Por primera vez fue reconocido y justiciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina", sentencia dictada el 06/02/2020.

En este contexto, la Opinión Consultiva OC-23/17 marcó un hito sin parangón cuando abrió las fronteras del contenido del derecho humano a un ambiente sano, al incluir en su ámbito de protección a las generaciones presentes y futuras, y a la naturaleza de forma autónoma, sin necesidad de contar con personas afectadas. Es decir, la naturaleza, en el sistema interamericano, a momentos presentes, se encuentra protegida y cobijada directamente por un derecho inherente y correspondiente a las personas que perfectamente es exigible a los Estados **(19)**.

Al estar protegida la naturaleza por un derecho humano inherente a las personas, sin necesidad de personas afectadas, la obligación de los Estados (en nuestro caso, el Ecuador) se hace claramente exigible a nivel internacional (en nuestro país, como se explicó, esta protección viene dada a través de los derechos de la naturaleza).

Habiéndonos referido brevemente a las cuestiones relacionadas al derecho a un ambiente sano como a los derechos de la naturaleza, y si tomamos en consideración los estándares de aplicación e interpretación de dichos derechos, podemos adelantar desde ya que la obligación

(15) Corte Constitucional, sentencia 11-18-CN/19, caso 11-18-CN, de fecha 12/06/2019, párr. 288.

(16) En el caso europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentado su jurisprudencia, no tanto en una relación o interdependencia entre derechos humanos, sino considerando la dimensión subjetiva del medio ambiente y su necesidad de proteger los derechos fundamentales de las personas, a saber, la integridad física, la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio. En estos supuestos, el medio ambiente es parte integrante e indisociable de estos derechos fundamentales; por consiguiente, las agresiones ambientales están relacionadas a ellos y a su contenido y, en tal virtud, tales agresiones pueden suponer una clara violación a ellos. Se da a entender que estos derechos están estrechamente ligados a ciertos tipos de contaminación, como el ruido.

(17) Corte IDH, "Medio ambiente y derechos humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva OC-23/17, de 15/11/2017, párr. 66.

(18) *Ibidem, párr. 124.*

(19) *Ibidem, párrs. 59 y 62.*

del Estado ecuatoriano a la luz de la Carta Magna y del sistema interamericano de derechos humanos en materia de protección ambiental es reforzada (en teoría).

Ahora bien, a continuación procederemos con la revisión de la actuación de los jueces en la aplicación de las garantías de los derechos de la naturaleza. Examinaremos si ellos aseguran estos derechos conforme a los cánones constitucionales y convencionales ya referidos.

Algunos jueces, tanto de estrados iniciales, de Corte provincial, como los de la Corte Constitucional, han venido restringiendo en sus decisiones la prueba de los daños como medio para acceder a la justicia constitucional. El razonamiento judicial, arraigado a una costumbre legalista, se realiza sobre el supuesto: "hay vulneración de los derechos constitucionales de la naturaleza si se logra demostrar la existencia de los daños" **(20)**, habida cuenta de que no habrá tutela de ellos si no se aprecia una naturaleza destruida por la contaminación.

Para desarrollar esta temática de una forma comprensible, proponemos dos líneas argumentales que en nuestra opinión servirán para estudiar las vulneraciones constitucionales de los derechos de la naturaleza. La primera, la emblemática, la comprensión de las "acciones u omisiones", entendiendo que se vulneran derechos constitucionales por acciones u omisiones lesivas que impiden su ejercicio o injieren en su ámbito (considerando que estos actos u omisiones provienen de autoridad pública no judicial, incluyendo las políticas públicas, y cuando estos provienen de una persona particular). La segunda son los "resultados" manifestados y generados por la violación de los derechos llamados "daños".

Empezando por examinar los "daños" o "resultados", debemos recordar que, según el régimen que los cobija, estos están emplazados en nuestro ordenamiento como "ambientales" o "constitucionales por la vulneración de los derechos". Estas dos figuras no son análogas, se distinguen; cada una conserva sus propias características.

La responsabilidad por el daño ambiental debe entenderse como la obligación que se genera cuando el daño se ha producido. Si el daño no es concebido, no nace la obligación de hacerse cargo de él y de repararlo. Podríamos decir que el núcleo de esta responsabilidad es el daño; por ello, nos encontramos ante un régimen de derecho de daños regulado por la ley **(21)** (véanse los arts. 38, 39 y 40 del Código Orgánico General de Procesos, las reglas del Código Orgánico del Ambiente y las del Código Civil). A su turno, en materia constitucional, el daño, figura genérica, es la consecuencia de la vulneración de los derechos, en tanto que, producido el hecho de la violación (por acción u omisión), piedra angular sobre la que gira la garantía constitucional, se declara la vulneración y se obliga a restablecer los derechos afectados. Aquí, los perjuicios causados por la violación a los derechos deben ser enmendados. Estamos ante un régimen constitucional de derechos cuya responsabilidad se genera por la injerencia en ellos.

El daño ambiental se encuentra definido en el glosario de términos del Código Orgánico del Ambiente como "Toda alteración significativa que, por acción u omisión, produzca efectos adversos al ambiente y sus componentes, afecte las especies, así como la conservación y equilibrio de los ecosistemas". El daño causado por una violación a los derechos constitucionales está enunciado en el art. 9º de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por el cual "se entenderá por daño la

(20) En materia procesal constitucional, la carga de la prueba de los daños, así como la presunción constitucional de las vulneraciones que pesan sobre la autoridad pública, merecen un estudio pormenorizado. En las garantías jurisdiccionales existe la regla dispuesta en el art. 86, numeral 3, de la Constitución, que estipula que se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. Por su lado, el art. 397, numeral 1, de la misma Constitución dispone que la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.

(21) Véase el TENE SOTOMAYOR, W., "El régimen público de responsabilidad por daños ambientales en el Ecuador a la luz del Código Orgánico del Ambiente", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, nro. 40,* Navarra, 2018.

consecuencia o afectación que la violación al derecho produce".

El daño ambiental tiene reglas propias y principios constitucionales que están consignados especialmente en los arts. 14, 396 y 397 de la Norma Suprema, algunos de los cuales son aplicables a la protección de los derechos de la naturaleza para evitar las vulneraciones constitucionales. Así, por ejemplo, la prevención, la precaución, la reparación integral, la carga de la prueba, son principios aplicables a ambas instituciones (los mismos que requieren un estudio pormenorizado), con sus respectivas regulaciones cada uno, cuyo cumplimiento y aplicación siempre tendrá un efecto positivo en los derechos de la naturaleza.

En materia constitucional, para que se produzcan los daños resultado de las vulneraciones a los derechos deben concurrir, indefectiblemente, acciones u omisiones lesivas que causen dicha vulneración. Sin ellas, tales daños no existirían, no serían reales ni posibles, no habría derechos transgredidos a restablecer ni perjuicios a subsanar.

Si nos fijamos en la acción de protección, el amparo de los derechos se arraiga en las causas (acciones u omisiones) que producen su quebrantamiento, para después ocuparse de la reparación de los efectos provocados por la vulneración **(22)**. De ahí la naturaleza tutelar y reparatoria de la acción de protección.

Según Quintana, "si mediante una acción de protección se discute sobre un derecho, al juez constitucional le compete resolver el fondo de la causa en cuanto ello se remita a emitir un pronunciamiento sobre eventuales violaciones al mismo por acción u omisión (...). La acción de protección debe ser concedida únicamente si el juez encuentra que el acto u omisión ha vulnerado derechos, por lo que su resolución se ciñe a analizar estos aspectos y no otros..." **(23)**.

En la acción de protección, el daño ambiental figurado y entendido como una agresión muchas veces confluye como la representación de la perturbación del derecho constitucional con su respectivo resultado adverso. En estos supuestos, el análisis constitucional de la vulneración debería partir de la agresión ambiental como acción que representa el peligro hacia el contenido de los derechos de la naturaleza. En la garantía constitucional no se analiza, ni tendría por qué analizarse, el daño ambiental por sí mismo, como institución jurídica, ni las reglas aplicables a él (salvando siempre las excepciones contadas para ciertos casos especiales donde se requiera llenar vacíos o suplir o aclarar dudas). Por una cuestión de derechos, las agresiones ambientales revestidas de gravedad están cubiertas por la acción de protección, a merced de prevenir o mitigar las vulneraciones y, de ser el caso, restaurar la naturaleza abatida **(24)** (cuando esto fuera posible).

Ello no significa, sin embargo, que esta sea la única realidad de las distintas formas de vulnerar los derechos de la naturaleza como para maximizar o detenerse obcecadamente en ella (producidas por un universo de acciones u omisiones), ni es posible confundir los distintos tipos de resultado como efecto de la trasgresión a los derechos.

En el mundo de las agresiones ambientales, las hay que producen efectos irreversibles en el contenido de los derechos de la naturaleza impidiendo su ejercicio o poniendo en peligro su integridad. Entre las más icónicas están las radiaciones, los ruidos, los olores, las emisiones de gases o elementos químicos o partículas, los vertidos contaminantes, la mala disposición de los desechos y residuos (especiales o peligrosos), la deforestación, la remoción del suelo, etcétera.

(22) Los requisitos y la procedencia de la acción de protección contenidos en los arts. 40 y 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en apego al art. 88 de la Constitución, reconocen la necesidad de demostrar la privación de un derecho en su goce o ejercicio, a través de una acción u omisión cometida por autoridad pública no judicial o de una persona particular.

(23) QUINTANA, I., "La acción de protección", 3ª ed., Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2020, p. 76.

(24) Véase el "Fundamento constitucional", en TENE SOTOMAYOR, W., *El régimen público de responsabilidad por daños ambientales...*, ob. cit., ps. 5-7.

Empero, y como ya se dijo, las agresiones ambientales no son las únicas causas del agravio a los derechos de la naturaleza. Hay distintas formas de vulnerar estos derechos.

Tomemos un ejemplo de la vida cotidiana, la superación de los límites máximos permisibles de ciertas descargas líquidas contaminantes por parte de una industria, de manera constante, en un área natural (sin ser un zona destinada ni declarada formalmente para la conservación como área protegida, bosque protector, etc.), cuyo uso del suelo no contempla la posibilidad de dicha actividad, motivo de una licencia ambiental (acto administrativo reputado legítimo) por parte de quien el control y la fiscalización están ausentes, o en su caso son deficientes, cuando existen informes técnicos o denuncias que evidencian la afectación, mientras las descargas permanecen.

En este caso, muy común en nuestro país, se aprecian distintos tipos de vulneraciones a los derechos constitucionales de la naturaleza a través de diferentes acciones y omisiones, entre los que destaca:

a) *El impedimento al ejercicio de los derechos.* La exposición continua a los niveles intolerables de las descargas (en algunas ocasiones, por su intensidad o su permanencia) pone en peligro el contenido de los derechos de la naturaleza y hace impracticable su goce o ejercicio **(25)**, lo cual condiciona severamente la calidad y el equilibrio de los ecosistemas.

b) *La generación de las condiciones que permiten la vulneración y los privilegios otorgados a ciertos actores*. Entre las finalidades del ordenamiento territorial está la conservación y protección de los espacios naturales. Ambiente y ordenamiento territorial se interrelacionan estrechamente **(26)**; sin embargo, si no se ordenan los usos del suelo, o estos no se respetan, los ecosistemas serían los más afectados (como de hecho ya lo son), su fragmentación o pérdida sería irreversible, el Estado se convertiría en uno de los incentivadores de las agresiones ambientales a través de las autorizaciones administrativas. En nuestro país esta es una de las carencias principales de la Administración Pública, la adecuada gestión del territorio.

Las condiciones favorables para infringir los derechos de la naturaleza se dan cuando el Estado, pese a haber reconocido por razones de interés social y ambiental zonas naturales no convenientes para la actividad industrial (o al menos no para las de mediano o alto impacto), termina autorizando proyectos en dichas áreas, cediendo a intereses particulares. Esta actuación estatal contribuye a la violación de los derechos, pues contradice las funciones asignadas por el ordenamiento territorial a cada predio y extralimita sus funciones tolerando actividades que él mismo había declarado inviables en razón de garantizar la existencia de la naturaleza.

A nivel predial, la propiedad debe aportar y ser útil en lo social y en lo ambiental. La Constitución prescribe que la propiedad (en este caso, relacionada con el derecho a realizar actividades económicas) debe cumplir una función y una responsabilidad social y ambiental (arts. 31, 66, numerales 15 y 26, 278, numeral 2, 282 y 321). Para lograr ese fin se requiere que el dominio de los propietarios en el manejo y aprovechamiento de su propiedad se acople a los intereses colectivos (en especial el interés público por la conservación de la biodiversidad). Se trata de satisfacer los intereses individuales armonizados con los colectivos, asegurando que los beneficios ambientales permanezcan en el tiempo y en el espacio, respetando siempre los derechos a vivir en un ambiente sano y los de la naturaleza.

Dichas funciones social y ambiental están relacionadas con el bien común, así como con los

(25) En relación con las violaciones a los derechos constitucionales, la Corte Constitucional, con matiz antropocéntrico, considera como tales a "aquellas situaciones en las que *el ejercicio pleno de un derecho reconocido en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos es impracticable, o cuando el bien jurídico es lesionado, es decir, cuando la persona ya ha sido víctima de una intervención ilícita*" (el destacado nos pertenece). Sentencia 034-13-SCN-CC, caso 0561-12-CN, de fecha 30/05/2013.

(26) El art. 404 de la Constitución dispone que la gestión del patrimonio natural "se sujetará a los principios y garantías consagrados en la Constitución y se llevará a cabo de acuerdo al ordenamiento territorial y una zonificación ecológica, de acuerdo con la ley".

valores y los principios más elementales de la sociedad (véase lo relacionado al orden público en el derecho civil).

El derecho a la propiedad no otorga facultades libres e incondicionales, sino, más bien, es un derecho encerrado en los límites consignados en la Constitución, la ley y el ordenamiento territorial. De igual manera, su ejercicio no puede ir en contra de su propia naturaleza, si bien nadie está obligado a soportar el uso abusivo del derecho a la propiedad (véase lo relacionado a la teoría del abuso del derecho).

Cuando existe un poder absoluto y ofensivo de los propietarios y de los que ejercen actividades económicas, el Estado debe hacer valer el principio constitucional de igualdad.

Por otra parte, los permisos ambientales y su contenido suelen tener deficiencias sustanciales que no garantizan los derechos de la naturaleza. Si uno los analiza en detalle, algunos suelen llegar a ser superfluos frente a las obligaciones constitucionales de garantizar los derechos **(27)**. En esta situación, los jueces constitucionales están facultados para dejar sin efecto estos permisos o anularlos, y ordenar el restablecimiento de los derechos acompañando las medidas apropiadas.

En algunos casos, las vulneraciones constitucionales se ocultan tras los permisos con la complicidad de las autoridades; por tal motivo, las acciones constitucionales son muy adecuadas y oportunas para develar y corregir estos problemas.

(27) Córdova Vinueza nos dice al respecto: "De ahí que, el compromiso que adquiere un servidor público cuando ingresa a esa función es: obrar para profundizar la vigencia de los derechos y garantías, no en aprobar o utilizar actos administrativos y normativos que los restrinjan, limiten o anulen. Todo el conjunto de fenómenos que se produce en las distintas materias del derecho requiere de nuevas metodologías, culturas y prácticas de los servidores, para que su comportamiento no se agote en el entendimiento legalista de las normas, sino que cuenten con las capacidades para interpretar, aplicar y explicar las disposiciones legales hacia aquellas orientaciones que más favorezcan a los sujetos de derechos". CÓRDOVA VINUEZA, P., "Derecho procesal constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia", Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2016, p. 198.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, un permiso de ninguna manera está concebido para abatir derechos humanos; en consecuencia, "no es admisible la permisibilidad de la violación de derechos humanos para justificar beneficios económicos, sean particulares o generales".

c) *La inacción del Estado, en algunos casos deliberada o complaciente*. La desidia o desatención de los agentes estatales para adoptar medidas adecuadas que impidan las injerencias ambientales y la desprotección de los derechos fundamentales, tomando en cuenta que, aun adoptándose medidas, mientras las descargas permanecen, la vulneración sigue en pie por ser estas insuficientes e ineficaces. En estos casos, la conducta de las autoridades públicas debe ser examinada y determinar si estas adoptaron o no todas las medidas positivas que estaban a su alcance, a tenor de los principios constitucionales, para evitar la interferencia en los derechos demandados o limitarla al máximo. Es el test de suficiencia y efectividad, en correspondencia con la situación a corregir y los derechos a proteger, el que nos dirá si las medidas adoptadas fueron idóneas y proporcionadas.

En cada uno de estos supuestos estudiados está representada la relevancia constitucional que alcanzan los derechos de la naturaleza.

La amenaza o detrimento del contenido de estos derechos exige soslayar su sacrificio, de manera oportuna y acertada. De lo que se trata es de reaccionar a tiempo ante el peligro al que está expuesta la naturaleza y sus elementos, como reaccionar ante el impedimento del ejercicio de sus derechos. Esto es lo que la doctrina califica como mantener una "actitud a la defensiva" por parte del Estado, en el marco de su deber primordial de proteger a la naturaleza (art. 3º, numeral 7, de la Constitución).

Se da paso a una obligatoria salvaguardia y custodia constitucional de los derechos que ha de ir más allá de las condiciones estipuladas en normas administrativas y la respectiva legalidad

de los permisos y su cumplimiento (como se advierte en los límites máximos permisibles) **(28)**.

Las garantías jurisdiccionales fueron creadas exclusivamente para proteger directamente los derechos. A su tiempo y espacio, la justicia ordinaria se encarga de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales **(29)**.

Si revisamos la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta exige como uno de los requisitos de la acción de protección (art. 40, #3, en concordancia con el art. 42, #4) la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, cuando, justamente, lo que no existe es otro mecanismo que no sea la acción de protección indicada para ello (considerando siempre los derechos constitucionales objeto de esta garantía). Ávila Santamaría, citado por Córdova Vinueza en su obra *Derecho procesal constitucional*, nos explica: "Siempre procede la acción de protección cuando se trata de derechos constitucionales; en estos casos no procede la subsidiaridad. Las acciones y los procedimientos ordinarios no fueron diseñados para proteger derechos constitucionales" **(30)**.

La Corte Constitucional ha afianzado esta postura: "La acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, *no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales*" **(31)** (el destacado nos pertenece).

Quintana nos da una referencia adicional: "Desde el 2016, la magistratura [se refiere a la Corte Constitucional] ha sostenido que el requisito de inexistencia de otra vía adecuada y eficaz se refiere a dos aspectos como son el hecho de que el juez pueda identificar si el derecho alegado es objeto de otra acción de defensa constitucional y, además, si la violación aludida recae sobre el ámbito constitucional del derecho...".

En nuestra opinión, las cuestiones que atañen a la justicia constitucional en materia de los derechos de la naturaleza pueden examinarse desde el punto de vista de la lesividad de la acción u omisión.

La lesividad viene dada por el peligro que representa el acto o la omisión frente al contenido de los derechos de la naturaleza. Si el acto u omisión tienen el potencial ofensivo para amenazar o menoscabar el contenido de estos derechos, la justicia constitucional es la indicada para intervenir en el asunto. Así, no cualquier acto puede enervar el contenido de los derechos. Debemos estar presentes ante una acción u omisión de entidad lesiva que posea la idoneidad de vulnerar el contenido de los derechos de la naturaleza o, a su vez, contar con la inminencia lesiva si se trata de una amenaza. De lo contrario, la justicia constitucional no tendría cabida ni tendría por qué asumir lo que le corresponde a la justicia ordinaria.

En este sentido, si el acto o la omisión se dirige directamente hacia el contenido de los derechos, con la capacidad de lesionar o de privar su goce y ejercicio, la justicia constitucional encuentra su razón y fundamento.

Para el caso de las obligaciones del Estado de garantizar los derechos de la naturaleza de manera oportuna y eficaz, la gravedad de sus acciones u omisiones puede y debe medirse a través de la debida diligencia.

(28) Nuestro Estado constitucional de derechos y justicia, harto garantista, dejó en el pasado el modelo de derecho positivista-legalista. La doctrina ecuatoriana ha sido pacífica al admitir como fuente principal del derecho ecuatoriano a la Constitución, y ha reprochado el carácter residual y subsidiario que le han otorgado ciertos jueces a la acción de protección y a las medidas cautelares, desconociendo su eficacia y naturaleza.

(29) Según Ruiz Guzmán: "Esto implica que las acciones de la justicia ordinaria no son previas ni sustituyen a las de la justicia constitucional, no obstante que aquellas, en su desarrollo procedimental, deben sujetarse a la Constitución y respetar sus contenidos normativos. Y viceversa: la acción de protección y las garantías jurisdiccionales en general, no sustituyen ni se sobreponen a las acciones de la justicia ordinaria, ni deben esperar el agotamiento de estas para su activación". RUIZ GUZMÁN, A., "Aproximación al estudio de las garantías jurisdiccionales", Colección José de la Cuadra. Indagaciones Jurídicas, Sociales y Políticas. Teoría y Doctrina, Quito, 2015, p. 147.

(30) CÓRDOVA VINUEZA, P., "Derecho procesal constitucional...", ob. cit., p. 210.

(31) Corte Constitucional, sentencia 016-13-SEP-CC, caso 1000-12-EP, de fecha 16/05/2013, p. 18.

Recordemos que los derechos de la naturaleza están entregados total y sustancialmente al Estado para que este se encargue de su custodia y realización efectiva. Sin la debida diligencia de los poderes públicos, estos derechos, particularmente, nunca podrían ser ni reales ni efectivos. El postulado en el aspecto de estos derechos es la acción positiva y continuada de los agentes estatales.

La Corte Constitucional ha dicho en la sentencia 218-15-SEP-CC, caso 1281-12-EP, de fecha 09/07/2015: "Desde la perspectiva ambiental, es el Estado quien debe velar por la efectiva protección de los derechos de la naturaleza, conforme el art. 11, numeral 9, de la Constitución de la República del Ecuador".

El Estado asume el rol de garante de los derechos y, como tal, debe actuar con la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. El Estado no solo debe abstenerse de interferir en los derechos, sino actuar para evitar su afrenta. Como parte de ese rol, el Estado tiene el deber de asegurar que todos los actores privados cumplan con la misma tarea de articular la debida diligencia en el ejercicio de sus actos para evitar violaciones a derechos **(32)**. En tal sentido, la actitud pasiva o inoperancia de un Estado que permite un acontecimiento que arremete contra los derechos de la naturaleza, cuando tiene la obligación constitucional de reprimir ese acto, resulta equiparable a haber participado en él.

El derecho, como ciencia jurídica, se impone en esta situación para resguardar el orden y el equilibrio social, así como informar el interés general, emanando deberes jurídicos de cumplimiento obligatorio por parte del Estado y de las personas.

En el ámbito internacional, las acciones u omisiones que son lesivas a los derechos humanos comprometen la responsabilidad del Estado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: "El art. 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención" **(33)**. Así: "Es suficiente demostrar que se han verificado acciones u omisiones del Estado que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación estatal que haya sido incumplida por este" **(34)**.

Podemos decir que la debida diligencia en materia ambiental puede estar representada de varias maneras, entre las que se pueden mencionar: la oportunidad de la actuación en la que prima la prevención o precaución; la capacidad, suficiencia, congruencia, razonabilidad y eficacia de las medidas adoptadas, no bastando con ofrecer simples actuaciones que no ofrecen resultados reales sobre la protección de los derechos, si su afrenta persiste.

En la práctica judicial, el argumento de las cuestiones de mera legalidad ha causado distorsiones tanto a nivel constitucional como ambiental. Este argumento ha sido usado por algunos juzgadores, en ciertos casos, como receta para desechar inmotivadamente las acciones de protección que se proponen para proteger los derechos de la naturaleza. En otros casos, los usuarios se han servido de la acción para sortear las cuestiones de mera legalidad. Este razonamiento manipulado a gusto y paciencia, y sin ningún límite, ha terminado por eclipsar la garantía jurisdiccional y la protección de los derechos.

De hecho, invocar las cuestiones relativas al daño ambiental en una acción de protección (de garantía de los derechos de la naturaleza) es una de las formas muy comunes para evadir o intentar evadir la justicia constitucional. Como ya se

(32) Véase todo lo relacionado a la debida diligencia exigida a los Estados y a las empresas, especialmente el criterio de "prevención y debida diligencia en materia de derechos humanos", en el "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", ob. cit., párr. 50.

(33) Corte IDH, "Medio ambiente y derechos humanos", Opinión Consultiva OC-23/17, ob. cit., párr. 56.

(34) *Ibidem, párr. 57.*

dijo, el daño ambiental es una figura que se tramita en la legalidad ordinaria; por ello, muchas veces las partes lo invocan como causal de improcedencia de la acción, dejando al margen las vulneraciones constitucionales.

Algunos jueces se dejan convencer o se dejan llevar por estos "argumentos". Estos terminan anudando o entreverando las cuestiones del daño ambiental con las acciones u omisiones lesivas que afectan el contenido de los derechos, aplicando —desubicados— las normas del derecho civil en las garantías jurisdiccionales **(35)**.

La Constitución ordena que a la naturaleza se le debe garantizar integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Somos de la opinión de que la prioridad es proteger y conservar lo existente. Sin embargo, entendemos que si esta ha sido afectada porque se incumplió con la prioridad inicial de proteger y conservar lo existente (art. 71 de la Constitución), la naturaleza tiene derecho a que se la restaure (art. 72 de la Constitución).

Contrario a la Norma Suprema es que los jueces constitucionales actúen con una actitud reparadora de daños civiles, esperando presenciar, pasivamente y después del hecho, una naturaleza destruida.

Conservar lo existente (en el que se incluyen los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos) implica anticipar todo tipo de actuación en todos los escenarios posibles, incluidos los de peligro cierto con efectos desconocidos (principio de precaución). Los esfuerzos deben dirigirse a la amenaza anticipadamente, de un lado, evitando la vulneración, si esta no se ha producido, y, de otro, ordenando su cesación inmediata si esta empieza a manifestarse o si esta ya se produjo (la prevención trabaja exclusivamente con la amenaza, por ello es una obligación de medio que sirve para asegurar el contenido de los derechos de la naturaleza; obligación constitucional de prevención: arts. 14, 313 y 397).

En general, y en síntesis, estas han sido las barreras con las que han tenido que lidiar los accionantes para proteger los derechos de la naturaleza. Estos han buscado el auxilio del Estado para lograr la conducencia de dichos derechos; sin embargo, el camino no ha sido favorable.

Existen casos en los que los jueces han negado la tutela de los derechos constitucionales de la naturaleza desconociendo su fuente y su contenido, como se advierte en el proceso 22281-2020-00201, mediante el cual el juez de la Unidad Judicial Multicompetente Penal con sede en Francisco Orellana dictaminó, en la acción de protección (proceso que se planteó precisamente para proteger, entre otros, los derechos de la naturaleza y el derecho a vivir en un ambiente sano) de fecha 12/10/2020, lo siguiente:

"Además de ser el caso establecer que la acción de protección no constituye una acción que se pueda escoger como vía, frente a cualquier vulneración de un derecho, sino únicamente para aquellos derechos que afecten la dignidad y la integridad, es decir los derechos axiológicamente fundamentales de las personas".

Si la naturaleza dependiera de este razonamiento judicial, sus derechos constitucionales jamás tendrían cabida en la protección de la garantía jurisdiccional por el hecho de que la dignidad y la integridad son inherentes al ser humano y no a ella.

Huelga decir que este proceder judicial, además de quitarles efectividad a los derechos de la naturaleza, también ha producido vulneraciones a los derechos de los accionantes (como representantes de la naturaleza), como sucede con la tutela judicial efectiva, el derecho a la seguridad jurídica o el derecho al debido proceso.

En una acción de protección en la que se demandó la vulneración de los derechos de la naturaleza, los jueces de la causa entendieron, en teoría y al principio, que el aspecto esencial de la acción es el acto u omisión violatoria de los

(35) Montaña Pinto, al referirse a la desconstitucionalización de la acción de protección provocada por los jueces constitucionales, cita algunas razones; entre las principales, la cultural, explicada por "el carácter profundamente conservador, legalista y civilista de la cultura jurídica ecuatoriana derivada de una adscripción centenaria y sin matices al paleopositivismo". MONTAÑA PINTO, J. — PORRAS VELASCO, A. (eds.), "Apuntes de derecho procesal constitucional (cuadernos de trabajo 2)", Corte Constitucional para el periodo de transición, Quito, 2011, p. 114.

derechos constitucionales. En concreto, la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, sala Multicompetente, en la causa 02335-2019-00022, sentencia emitida el 28/03/2019, tuvo la ocasión de señalar que "es ineludible que el accionante describa el acto u omisión violatorio del derecho de manera clara, cierta, específica, pertinente y suficiente sobre el derecho constitucional supuestamente vulnerado. Estos elementos, informados adecuadamente al juez Constitucional, hacen posible el debate constitucional en el ámbito de la jurisdicción constitucional" **(36)**.

En este caso, el juez de primera instancia de la Unidad Judicial Multicompetente, con sede en el cantón Chillanes, provincia de Bolívar, emitió su sentencia el 25/02/2019, en la que hizo un análisis exhaustivo de los daños ambientales como fuente para rechazar la acción constitucional de protección. El juez motivó erróneamente su sentencia invocando preceptos legales del régimen del derecho de daños enfocados en el medio ambiente. Dicha invocación se hizo con una serie de inconsistencias no menores, como la de justificar su decisión en normas ambientales derogadas, interpretar erróneamente el procedimiento del daño ambiental contemplado en el Código Orgánico General de Procesos, desconocer la supremacía de la Constitución frente a la ley, además de otorgar el carácter residual a la acción de protección.

Reza la sentencia:

"La legislación ambiental es esencialmente preventiva del daño ambiental, por eso el derecho administrativo adquiere una importancia clave para la aplicación de los principios de prevención y precaución mediante la tutela estatal a través de licencias y permisos para precautelar la sustentabilidad de los ecosistemas, los derechos de la naturaleza y el derecho de las presentes y futuras generaciones a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El principio de precaución modifica toda la esencia del derecho de daños según el cual el daño para que se produzca la obligación de repararlo debe ser siempre cierto y no puramente eventual o hipotético. (...) En efecto la responsabilidad por culpa supone precisamente que el daño sea atribuible a negligencia y no a una causa extraña a los accionados o legitimados pasivos. (...) Un camino es calificar estos casos a la luz de una exigencia fuerte de certidumbre o certeza para que el daño sea indemnizable, de modo que ante una mera probabilidad de que el daño se deba a la negligencia de los accionados, no habría lugar a responsabilidad de los eventuales causantes y las víctimas de los daños ambientales debieran correr con el riesgo. (...) En el presente caso que se juzga, la acción de protección no procede si existen vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos. Esta prohibición consta en el art. 40, numeral 3, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (...). Entonces tenemos: si, para la reclamación de los derechos, existen vías judiciales ordinarias, por esta vía se debe tramitar la acción correspondiente, lo que significa que la acción de protección procede ante la inexistencia de vías en el proceso común. Antes de interponer la acción de protección los legitimados activos debieron interrogarse acerca de si existe o no una vía dentro de la ley procesal común (...), debiendo advertirse las distinciones existentes entre acciones civiles y ambientales, estableciendo que las primeras deben ser conocidas en el procedimiento ordinario, y las ambientales bajo el procedimiento sumario del lugar donde se produjo la afectación, tanto más si se considera que los sistemas de manejo ambiental incluyen estudios de línea base, evaluación de impacto ambiental, evaluación de riesgos, planes de manejo, sistemas de monitoreo y que pueden ser evaluados en cualquier momento a solicitud del Ministerio de Ambiente o de las personas afectadas (...). *Que de todo lo analizado tenemos que la presente acción cae dentro de la limitación legal impuesta al derecho constitucional y, por tanto, no hay vulneración de este*, hay inexistencia de derecho constitucional vulnerado (...). se evidencia lejos

(36) Pronunciamiento similar fue el de la Unidad Judicial Civil de Cuenca, en el juicio 01333-2018-03145, de fecha 05/06/2018, en una acción de protección propuesta para tutelar, entre otros, los derechos de la naturaleza, cuando el juez dijo: "La finalidad de la acción de protección, por tanto, es amparar de manera directa y eficaz los derechos reconocidos en la Constitución y que han sido vulnerados. No se requiere agotar ninguna vía de la justicia ordinaria, para acceder al proceso constitucional. Basta la existencia de un acto u omisión de autoridad pública o de un particular, que tenga como consecuencia la violación de derechos constitucionales o su amenaza de violentarlos".

de cualquier duda razonable, que no es sostenible, que el proceso iniciado jamás llegará a una sentencia estimatoria de la pretensión, en virtud de que se han trazado las líneas que superan la idea del deber objetivo de cuidado, y cuando se habla de aquello debe entenderse un discurso en referencia a la evitabilidad objetiva (deber objetivo de cuidado), puesto que no se ha demostrado fehacientemente que los accionados pasivos como la Agencia de Regulación y Control de Electricidad ARCONEL; Ministerio de Ambiente MAE; Secretaría del Agua SENAGUA; Procuraduría General del Estado; Secretaría Nacional de Riesgos SNGR; Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia Bolívar GADPB; y el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Chillanes tengan responsabilidad por acción u omisión que hayan creado un peligro jurídicamente relevante y que sus actuaciones se encuentren fuera de los límites de lo tolerado socialmente; que hayan superado el riesgo permitido, pues aunque exista previsibilidad de una acción u omisión, no existiría inacción de su parte; y, si los mencionados accionados pasivos han supuesto que la Empresa Hidroeléctrica Hidrotambo SA, ha cumplido con las medidas de mitigación, medidas de prevención, etc., etc., en los que rige el principio de confianza, dichos legitimados pasivos, no infringen norma alguna. (...) que los procedimientos a observarse están primeramente contenidos en la Ley de Gestión Ambiental, cuya codificación data de septiembre del año 2004 en donde se señala que si bien es cierto las personas naturales y jurídicas o grupos humanos vinculados con un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa, podrán interponer ante el juez competente acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos; que para que estos actos prosperen así como cuando los funcionarios públicos, por acción u omisión incumplan las normas de protección ambiental la citada ley en sus arts. 43 y 44 contemplan las acciones de orden administrativas y contencioso-administrativas que tienen que observarse ante la posible afectación ambiental; inclusive llegando a determinar los tiempos en los que deben de operarse dichos actos; términos que no son fatales pero que deben estar canalizados a través de actos demostrativos ante los presuntos daños ambientales sufridos por la naturaleza. (...) Que en la especie no se ha observado o agotado los procedimientos tanto de orden administrativo como los planteados dentro del sistema legal con el objeto de tutelar los derechos individuales y colectivos de los miembros de la comunidad San Pablo de Amalí, para que la acción constitucional de protección prospere esto es haberse agotado todos los recursos ordinarios contemplados en nuestro ordenamiento jurídico" (el destacado nos pertenece).

Los accionantes del proceso, en favor de los derechos de la naturaleza, alegaron la falta de prevención, control, protección y tutela del Estado en la desviación del cauce del río Dulcepamba. En la sentencia se menciona que la autoridad ambiental reconoció expresamente que Hidrotambo no ha procedido, bajo su apercibimiento (oficio MAE-DNCA-2016-0073, de 11/01/2016), a retirar el sedimento rocoso que se ubicaba al inicio de la toma del agua de la hidroeléctrica misma que obstaculizaba claramente el cauce natural del río. En tal sentido, se hace mención del requerimiento y aprobación de un "Plan de Acción" para corregir todos los incumplimientos presentes (instrumento destinado exclusivamente a corregir los problemas ambientales identificados), tomando en consideración que, al existir alteraciones ambientales significativas —daños—, estas debían atenderse inmediatamente **(37)**. Es decir, existieron vul-

(37) Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, Libro VI: "De la calidad ambiental", cap. X: "Control y seguimiento ambiental", art. 261: "*Del Plan de Acción.* Es un conjunto de acciones a ser implementadas por el sujeto de control para corregir los incumplimientos al Plan de Manejo Ambiental y/o normativa ambiental vigente. La autoridad ambiental competente podrá disponer la ejecución de planes de acción en cualquier momento sobre la base de los hallazgos encontrados por los distintos mecanismos de control y seguimiento. El Plan de Acción deberá ser presentado por el sujeto de control para la debida aprobación correspondiente. Los planes de acción deben contener: a) Hallazgos; b) Medidas correctivas; c) Cronograma de las medidas correctivas a implementarse con responsables y costos; d) Indicadores y medios de verificación. De identificarse pasivos o daños ambientales el Plan de Acción deberá incorporar acciones de reparación, restauración y/o remediación, en el que se incluya el levantamiento y cuantificación de los daños ocurridos. Dicho Plan estará sujeto al control y seguimiento por parte de autoridad ambiental competente por medio de informes de cumplimiento de acuerdo al cronograma respectivo,

neraciones reales y evidentes que fueron reconocidas expresamente por el Estado, cuando este mismo no pudo ser diligente para cumplir con sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos, como hacer cumplir las obligaciones de los privados.

Todas las actuaciones estatales (ARCONEL, Ministerio del Ambiente, SENAGUA, Defensoría del Pueblo, Secretaría Nacional de Riesgos, GAD provincial de Bolívar, GAD municipal de Chillanes), sus órdenes, observaciones técnicas, así como sus medidas, fueron ineficaces e insuficientes para salvaguardar los derechos de la naturaleza.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en este sentido que los Estados deben tomar "las medidas necesarias para asegurar no solo que las acciones de sus agentes cumplan las obligaciones jurídicas tanto nacionales como internacionales sino, en este caso, verificar que el comportamiento de las empresas bajo su jurisdicción esté ajustado a los estándares reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, junto con el marco legal, se requiere contar con un aparato institucional que permita hacer efectivas las normas existentes, de manera que se asegure en la práctica el cumplimiento de este deber" **(38)**.

La situación de riesgo demandada por los accionantes jamás desapareció; al contrario, aumentó. Por todo lo indicado, la relevancia constitucional de la acción fue incomprendida por el Juzgado de primera instancia para declarar la improcedencia (el juzgador en su resolución "inadmitió" la acción por ser "improcedente").

La Corte Provincial de Justicia de Bolívar, sala Multicompetente, llamada a enmendar los yerros del juez *a quo*, terminó rechazando el recurso de apelación. A nuestro juicio, sus argumentos también fueron pobres e inconducentes, pues la Corte consideró que el Estado, por medio de sus diferentes instituciones, había realizado exhortos e informes, y que por este simple hecho, aunque estos no sirvan para nada, tales actuaciones "conllevan una manifestación del interés público en la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, por lo que de parte de las referidas instituciones públicas sus informes, exhortos, solicitudes y recomendaciones van orientadas a cumplir lo que establece el último inciso del art. 71 de la Constitución (...). el incumplimiento por parte de la empresa Hidroeléctrica Hidrotambo SA, a acatar los exhortos, solicitudes e informes expuestos en líneas precedentes, debería a llevar a las instituciones en referencia a tomar decisiones coercitivas dentro del marco de sus potestades administrativas y legales con la finalidad de que se cumplan las decisiones legítimas instruidas...".

Otro caso de estudio es el resuelto por la sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, proceso 17123-2013-0098, sentencia dictada el 19/07/2013, en una acción de protección que se planteó para proteger los derechos de la naturaleza. Esta Corte rechazó el recurso de apelación interpuesto, basada en los arts. 71, 73, 396 y 397 de la Constitución.

El análisis judicial se dio en sentido favorable a los derechos de la naturaleza. El soporte de la sentencia fue la inobservancia de la prevención ambiental (en sus dos formas: principio de prevención y principio de precaución), lo que puso en riesgo el contenido de los derechos.

Ciertamente, esta curia hizo respetar uno de los estándares emitidos por la Corte Constitucional, según el cual "la obtención del permiso ambiental, sea esta ficha o licencia ambiental, es un umbral a considerar al momento de determinar si hubo o no vulneración de derechos constitucionales reconocidos a favor de la naturaleza" **(39)**.

Señaló la Corte provincial:

"En el presente caso, el antecedente y fundamento de la acción se relaciona a presuntos daños ambientales generados por actividades de explotación de materiales de construcción en un inmueble de propiedad de los accciona-

y demás mecanismos de control establecidos en este Libro".

(38) "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", ob. cit., párr. 104.

(39) Corte Constitucional, sentencia 218-15-SEP-CC, caso 1281-12-EP, de fecha 09/07/2015.

dos ubicado en la jurisdicción del cantón Pedro Moncayo, provincia de Pichincha, y específicamente por afectar el agua y el entorno natural del río Granobles o río Blanco. A este respecto, y luego de realizarse la inspección técnica al inmueble donde se dice que se originan los daños ambientales objeto de la presente acción constitucional, se presenta el informe técnico 053 UCAP-DPAPCH-MAE-2013, remitido por la Unidad de Calidad Ambiental de la Dirección Provincial del Ambiente de Pichincha, en cuyas conclusiones se señala: Que el área minera San Luis, código 490624, *no cuenta con el permiso ambiental correspondiente*, por lo que incumple el art. 20 del cap. II de la Evaluación de Impacto Ambiental y de Control Ambiental, Ley de Gestión Ambiental; para la ejecución de apertura de caminos, debe cumplirse con lo estipulado en el art. 55 del Reglamento Ambiental para Actividades Mineras; para la mitigación de impactos ambientales se debe cumplir con lo estipulado en el art. 88 del cap. IX, disposiciones técnicas-ambientales específicas para actividades de explotación, del Reglamento Ambiental para Actividades Mineras en el Ecuador (fs. 77 a 83) (...). En esta línea de bosquejo y de pensamiento deben leerse las disposiciones de los arts. 71 y 73 de la Constitución (...). *Es decir, se pone especial énfasis a las acciones y responsabilidades de control y preventivas, a efectos que la intervención del Estado, y de la sociedad en su conjunto, sea anterior a todo evento que sea apto, visible, o potencialmente previsible, para poner en riesgo la integridad y la diversidad de los procesos y recursos de la naturaleza* (...); y en este marco conceptual se inscribe precisamente el llamado principio de precaución, pues para estos casos, atendiendo la impostergabilidad de una medida de cobertura urgente e inmediata para precaver daños o afectaciones que luego puedan convertirse en graves e irreversibles de no adoptarse acciones preventivas, el ordenamiento jurídico contempla los medios necesarios para la respuesta institucional frente a estos eventos, aun cuando el peligro potencial de afectación al medio ambiente no cuente con soporte técnico de certeza a ese respecto, en el propósito de no sacrificar una medida necesaria en resguardo de la integridad y conservación de los recursos de la naturaleza (...). Por lo mismo, si se ha establecido que el área minera San Luis, código 490624, relativa a los trabajos objeto del presente proceso constitucional, no cuenta con la licencia ambiental que autorice la realización de actividades de explotación de materiales de construcción, tales operaciones se constituyen en irregulares, promovidas no solo en franco incumplimiento de disposiciones legales, *sino sobre todo, al no haberse determinado previamente las condiciones y obligaciones que asumen los responsables de estas actividades para prevenir posibles afectaciones al ambiente, y al no reglárselas, la prevención resulta inexistente, se están articulando acciones que representan grave amenaza y riesgo al entorno natural donde se desarrollan tales operaciones no autorizadas, lo que involucra la posibilidad cierta de afectar los elementos esenciales de la naturaleza como el agua y el aire*, lo que conlleva incluso ubicar en posición de vulnerabilidad a las poblaciones aledañas o beneficiarias de dichos elementos, constituyendo también riesgo cierto a sus medios de subsistencia y a su salud, cuestión que se inscribe en el postulado de política pública que proclama el art. 14 de la Constitución (...). Pero por otra parte, si los responsables de la actividad minera no obtuvieron la autorización de sus operaciones, esto implica imposibilidad o anulación de toda medida de prevención ambiental..." (el destacado nos pertenece).

Lamentablemente, este pronunciamiento judicial fue solamente un espejismo. La misma sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, en otro caso similar, y en contrasentido, resolvió de manera contradictoria.

La sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, en el juicio 17203-2019-01125, el 23/07/2019, negó el recurso de apelación en una acción de protección destinada a la protección de los derechos de la naturaleza.

Los accionantes, en este caso, alegaron que el Estado incumplió su obligación de prevención ambiental (constitucional y convencional) cuando este actuó solícito a los intereses crematísticos de la empresa operadora del proyecto, arrojando como resultado la vulneración de los derechos de la naturaleza. Uno de los varios hechos consignados en el expediente fue la construcción de una carretera de 20 kilómetros de acceso al puerto de aguas profundas de Posorja, y posterior operación, sin el correspondiente estudio de impacto ambiental que permita tomar

decisiones adecuadas y minimice las afectaciones ambientales y sociales, al igual que el proceso de participación ciudadana que difunda dichos impactos (estimando que el proceso de evaluación de impacto ambiental es el instrumento preventivo, por excelencia, para conciliar las variables económicas, sociales y ambientales del desarrollo sostenible).

La Corte, pese a darle el carácter de "cautelar y preventiva" a la acción de protección, y en lugar de examinar los hechos propuestos, se limitó a decir que la obligación de prevención se "ejecuta en un momento previo a la existencia de una vulneración real", enredándose con la obligación de prevenir los daños, cuando dijo que la prevención es "anterior a la existencia de un daño real a los derechos de la naturaleza" y que por ello la acción planteada no era la vía adecuada.

A nuestro juicio, la Corte (mal) entendió que, en esta fase, la de evitar la vulneración **(40)**, por el hecho de ser anterior a un resultado, conceptualmente hablando, no se puede producir la vulneración, aunque a esta se la quebrante, pues no consideró que, en tal situación, se debe valorar la actuación del Estado en su deber de preservar los derechos y evitar la injerencia en ellos causada por terceros. Cuando justamente esto es lo que la hace plenamente justiciable, la situación jurídica del Estado cuando no ejerce sus funciones.

Para la curia, los accionantes no pudieron determinar que tal "violación haya conllevado a una efectiva vulneración de tales derechos", porque, a su criterio, al no observar el "daño concreto" a los derechos de la naturaleza, los argumentos no "alcanzan a tener relevancia constitucional para ser tratados en este ámbito".

A nuestro juicio, los jueces no valoraron la violación de los derechos de la naturaleza en razón de las obras realizadas por una empresa extranjera con la aquiescencia del Estado. Esta actuación se perfeccionó a través de un contrato de gestión delegada que condicionó y supeditó la actuación estatal, dilapidando el proceso preventivo de evaluación de impacto ambiental. Dicho contrato contiene en la actualidad algunas cláusulas contrarias a los derechos de la naturaleza, como la posibilidad de absolver a la empresa de la responsabilidad ambiental en su gestión **(41)**.

De igual manera, los jueces omitieron en el análisis el equilibrio de la situación de los derechos que estaban en oposición, que sirva para minimizar la injerencia en ellos. Nos preguntamos: ¿Puede ser razonable y adecuada la actuación del Estado si se permite construir obras de alto riesgo sin prever los impactos ambientales y sociales? ¿Se puede considerar adecuada la proporcionalidad de los derechos en presencia cuando el Estado no aseguró las variables ambientales y sociales exigidas en la sostenibilidad del desarrollo? ¿Es de interés público un desarrollo que no respeta los derechos de la naturaleza ni el interés ecológico y ambiental? ¿El derecho humano al desarrollo es sostenible si solo prima el crecimiento económico? **(42)**. A este respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el deber de "respetar el derecho humano a un ambiente

(40) La obligación preventiva, incluso, persiste después de provocada la vulneración, visto que es necesario evitar la prolongación o dilatación de la agresión, pues su objetivo es detener su escalada.

(41) "Contrato de gestión delegada en asociación público-privada para el desarrollo, construcción, mantenimiento de instalaciones; el dragado, construcción y mantenimiento de un canal de navegación hasta Posorja, así como de la carretera que une Playas y Posorja vía El Morro, en la provincia del Guayas; y la operación del servicio público del Puerto de Aguas Profundas de Posorja", cláusula dieciocho: "Del sitio del proyecto", dieciocho punto tres, ps. 43 y 44. Esta cláusula dispone: "El gestor privado llevará a cabo una evaluación medioambiental del sitio del proyecto a través de un experto independiente seleccionado a su criterio, con el visto bueno de la entidad delegante. Este informe, cuya copia será entregada a la entidad delegante, servirá como base para determinar cualquier daño futuro al sitio del proyecto en materia ambiental; estipulándose que cualquier daño anterior o consecuencia de este, no será atribuible al gestor privado".

(42) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: "El crecimiento económico no es un fin en sí mismo, sino un componente más para la realización del derecho al desarrollo y los derechos humanos en general; el derecho al desarrollo entonces permite observar cómo Estados y empresas cumplen sus obligaciones y si los procedimientos seguidos son coherentes con el marco de los derechos humanos". "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", ob. cit., párr. 45.

sano y el uso sostenible y conservación de los ecosistemas y diversidad biológica" **(43)** no solamente recae en el Estado, sino también en las empresas, en el marco de sus actividades y relaciones comerciales **(44)**. Por ello, la Comisión considera que los Estados, a su vez, deben exigir la debida diligencia a las empresas en cada una de sus locaciones o jurisdicciones **(45)**.

Como hemos visto, la actuación de la Corte Provincial de Pichincha fue insatisfactoria y dio mucho espacio y tema para el cuestionamiento. Esta se opuso a los argumentos argüidos por ella sobre la prevención ambiental y, además, irrespetó uno de los estándares emitidos por la Corte Constitucional, aplicado en el proceso antes estudiado (17123-2013-0098), entrando en franca contradicción con lo que ordenaba el máximo órgano: "la obtención del permiso ambiental, sea esta ficha o licencia ambiental, es un umbral a considerar al momento de determinar si hubo o no vulneración de derechos constitucionales reconocidos a favor de la naturaleza".

Al final, la curia se decantó por examinar los daños y dejó sin análisis las acciones lesivas de los derechos de la naturaleza. La sentencia, en lo pertinente, manifiesta:

"8.5.1. (...) En la primera subsección, el impugnante asegura que el Registro Ambiental fue firmado por una persona distinta a quien debía hacerlo ('...subsecretario de Calidad Ambiental, Ángel Virgilio Benavídez Andrade...') y que dicho Registro fue emitido '...dos meses antes de la firma por el presidente de la República del decreto ejecutivo que autorizó de manera excepcional el proyecto de DPWORLD POSORJA SA'; a lo que se añade, que '[e]l proceso regular para autorizar una carretera es otorgar una licencia ambiental para su construcción...' y no una licencia ['Registro' debió decir la Corte]. Sobre lo dicho, corresponde expresar que, como bien señala la jueza de primer nivel en sentencia, estas argüidas inconsistencias recaen sobre actos administrativos concretos, respecto de cuya validez de otorgamiento no es posible el análisis en esta vía, a menos que no sea con el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 42.1 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pues de lo contrario, nos encontraríamos frente a las causales de improcedencia de la acción contenidas en el numeral tres y cuatro de la norma citada (...). Siguiendo con la ilación lógica planteada, se ha revisado el contenido del numeral 2.1 del memorial de fundamentación de este recurso, dentro del cual, no se observa mención al daño concreto de los derechos de la naturaleza que se hubiese causado, por lo cual, los argumentos del impugnante no alcanzan a tener relevancia constitucional para ser tratados en este ámbito, al ser asuntos correspondientes a la esfera de legalidad de los actos administrativos que se impugnan: a) Competencia de quien suscribió el Registro Ambiental; b) Temporalidad dentro de la que se expidió dicho Registro; y, c) Análisis de requisitos para determinar si es que se necesitaba una Licencia y no un Registro; todo lo cual, se adecúa a lo previsto en el art. 42.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (...) 8.5.3. (...) pese a lo expuesto, (...) nuevamente los accionantes evitan mencionar los daños concretos que tales actuaciones habrían causado en los derechos de la naturaleza, dejándolos por tanto en la esfera de supuestos errores de índole procedimental-administrativa que deberían ser resueltos por la vía jurisdiccional ordinaria correcta (...). 8.5.4. (...) Por sobre lo expuesto, también se constata que nuevamente los accionantes basan su argumentación en temas de índole administrativa, (...) hechos cuya mera legalidad se constata cuando el debate generado alrededor de los mismos, como se observa del mismo expediente, se ha enfrascado en el cumplimiento de las normas infraconstitucionales pertinentes, sin mención alguna a los daños concretos a los derechos de la naturaleza; (...) cuestiones que al no justificarse por parte del accionante los daños concretos a los derechos de la naturaleza, recaen claramente en el ámbito de discusiones de mera legalidad. 8.8.

(43) *Ibidem, párr. 46.*

(44) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó: "Eso incluye el aseguramiento y respeto, como mínimo, de todas las leyes ambientales vigentes y estándares o principios internacionales sobre la materia, poner en marcha procesos de debida diligencia respecto del impacto ambiental en los derechos humanos y el clima, garantizar el acceso a la información ambiental, los procesos participativos y la rendición de cuentas, así como la reparación efectiva a las víctimas por la degradación ambiental". *Ibidem.*

(45) *Ibidem, párr. 50.*

(...) por manera que, a falta de identificación del daño causado o de alguna infracción de la ley, este accionar se encasilla en las prohibiciones establecidas en los arts. 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que lo hacen inadmisible".

En otro caso similar, con hechos similares, la jueza de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Cotacachi resolvió de manera gradualmente opuesta. Fue en el proceso 10332-2020-00418, de fecha 21/10/2020, cuando esta autoridad examinó la inoperancia del Estado en la conservación ambiental y declaró como causa de la vulneración a los derechos de la naturaleza la dejación de la autoridad ambiental nacional en el cumplimiento de sus obligaciones. La jueza manifestó:

"A) El ministro del Ambiente y Agua aprobó el estudio de impacto y plan de manejo ambiental *sin contar con todos los elementos exigidos por la Constitución, el ordenamiento jurídico y con información incompleta. Además, que no tomó en cuenta normas constitucionales relativas a la restricción de actividades que pueden generar la extinción de especies*, ni el principio de precaución, en concordancia con los principio [sic] de aplicación de los derechos consagrados en el art. 11 *ibidem*, relativa a la aplicación directa e inmediata de la normas constitucionales (art. 11.3), y la aplicación e interpretación de normas más favorable [sic] que favorezcan a la efectiva vigencia de los derechos (art. 11.5). (...) *Se ha de tener en cuenta en este caso que no se discute la legalidad o ilegalidad de licencia ambiental otorgada a la Empresa Nacional Minera, sino los efectos que del deficiente control a la* [sic] *actividades de tal empresa ha ejercido el Ministerio del Ambiente y Agua; deficiente control que aparece de las deficiencias halladas en los estudio* [sic] *de impacto ambiental en los estudios complementarios a los estudio* [sic] *de impacto ambiental, a sus planes de manejo ambiental que han sido más bien observados por motivo del control de la Contraloría General del Estado*. (...) declarándose que con las omisiones descritas al oficio Ministerio del Ambiente y Agua SCA-2014-2901, de 11/11/2014, al no haber observado las falencias del del [sic] estudio de impacto ambiental y plan de manejo ambiental que ha presentado la operadora Empresa Nacional Minera EP en el año ZZZ [sic], y que ha sido el antecedente de la res. 864 de 16/12/2014, por la cual se ha conferido licencia ambiental para la ejecución del proyecto minero Llurimagua, se ha [sic] vulnerado los derechos constitucionales la naturaleza, tutelados en la Constitución de la República, en los arts. 71 y 73...".

Recordemos que la prevención ambiental, como una obligación internacional de los Estados en el ámbito de los derechos humanos, es un deber de comportamiento que no escatima esfuerzos para evitar que se consume una contravención a tales derechos. La Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-23/17, ha dicho que "la obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana conlleva el deber de los Estados de prevenir las violaciones a dichos derechos" **(46)**.

Para la curia internacional, esta obligación preventiva está subsumida en la obligación general de garantía, en virtud de la cual los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos. Las medidas más relevantes serán las que el ordenamiento jurídico provee al Estado, entre las que constan: las políticas, las judiciales, las legislativas, las administrativas, las culturales, etcétera.

La Corte IDH considera que esta obligación no es de resultados, puesto que por una vulneración a los derechos humanos no se demuestra *per se* que la obligación preventiva del Estado se haya incumplido. La Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-23/17, manifestó: "Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. (...) En el mismo sentido, la obligación de prevención prevista por el derecho ambiental es una obligación de medios, no de resultado" **(47)**.

En otro caso de estudio, en primera instancia, el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, el 11/06/2012, en el proceso 16241-2012-0030, acción de protección 115-2012, consideró que la naturaleza fue afectada (pese a que los derechos

(46) Corte IDH, "Medio ambiente y derechos humanos", Opinión Consultiva OC-23/17, ob. cit., párr. 127.

(47) *Ibidem, párrs. 118 y 143.*

de la naturaleza no fueron materia de la litis) en virtud del incumplimiento de la Ley de Minería, pues, al no existir una correcta regulación y control sobre la explotación de los recursos —lo cual, para este tribunal, generaría su menoscabo—, ello "afectaría gravemente al interés general y consecuentemente el *sumak kawsay*; porque es gracias a la naturaleza que desarrolla la vida de los ciudadanos, quienes deben vivir en armonía con la misma; consideración que se la realiza, a fin de que en la presente sentencia se tutelen también los derechos de la naturaleza".

Para los jueces de este tribunal, los derechos de la naturaleza fueron vulnerados porque no se cumplieron las leyes sectoriales, no se contaba con los permisos adecuados para ejercer la actividad y no existió regulación ni control que proteja los derechos.

Propuesto el recurso de apelación, la Corte Provincial de Pastaza, el 06/07/2012, dejó sin efecto la sentencia subida en grado. En su resolución, la Corte hizo una valoración incompleta de los derechos que formaban parte del conflicto, dado que su análisis se centró en el derecho al trabajo y omitió analizar los derechos de la naturaleza. Estos derechos fueron desconocidos, pues ni se mencionaron en la sentencia.

Seguidamente, y en razón de la acción extraordinaria de protección presentada en contra de la decisión de la Corte Provincial de Pastaza, la Corte Constitucional, en la sentencia 218-15-SEP-CC, caso 1281-12-EP, el 09/07/2015 (tres años después de ordenada la tutela de los derechos de la naturaleza por el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza), declaró vulnerados los derechos de la naturaleza, porque a su juicio no tener permiso y, como consecuencia, no haber regulación ni control que proteja a la naturaleza, vulnera sus derechos; también porque la extracción de mayor volumen de material pétreo que el autorizado y la magnitud de los trabajos realizados causaron impactos negativos. A la letra, decía:

"De esta forma y en concordancia con lo determinado en el art. 71 de la Constitución, la obtención del permiso ambiental, sea esta ficha o licencia ambiental, es un umbral a considerar al momento de determinar si hubo o no vulneración de derechos constitucionales reconocidos a favor de la naturaleza. En otras palabras, la realización de actividades, obras o proyectos que no cuenten con el permiso respectivo, se encuentran operando al margen de la ley, en materia ambiental. Por tanto, la obtención del permiso es una obligación para todas las personas que deseen realizar esta actividad económica; en consecuencia, actuar sin permiso ambiental constituye una vulneración a los derechos de la naturaleza contenidos en el art. 71 de la Constitución".

Lo sugerente de la sentencia 218-15-SEP-CC fue la medida de reparación integral que dispuso la Corte Constitucional. Conforme a ella, el Ministerio del Ambiente debía realizar una inspección en la zona para determinar los posibles daños ambientales generados y su cuantificación a efectos de realizar las labores de restauración del área afectada a costa de los infractores.

Una valoración similar que hizo la Corte Constitucional, en otra de sus sentencias, fue la 023-18-SIS-CC, caso 0047-09-IS, de 16/05/2018, cuando declaró:

"Llama la atención que el Gobierno Autónomo Descentralizado de Mera no haya tomado acciones inmediatas, eficaces, oportunas y ágiles a fin de que la granja porcina no sea instalada, pues desde sus inicios constituía una grave amenaza para el ecosistema de la zona; luego de instalada no se reporta que haya sido clausurada o que las actividades hayan sido suspendidas, o que se haya impuesto alguna sanción administrativa a sus propietarios, sino que el establecimiento siguió operando, incluso fue objeto de traspaso de dominio, el cual contó con el aval de las autoridades municipales". Para esta Corte, "la instalación y funcionamiento de una granja porcina, en un sector en donde confluyen importantes ríos en la zona de Mera vulneró los derechos de la población de esa zona a vivir en un medio ambiente sano, al hábitat seguro y saludable, derecho a la salud y los derechos de la naturaleza...".

Algo parecido sucedió, en este caso, con la forma de comprender el derecho constitucional a la restauración de la naturaleza señalado por la Corte Constitucional en la sentencia 218-15-SEP-CC, cuando afirmó que "ante cual-

quier evento que genere daño ambiental, la naturaleza tiene derecho a ser restaurada integralmente". Es decir, para la Corte Constitucional, cuando hay "daños ambientales" procede el derecho a la restauración, sin tomar en cuenta que este derecho se debe fijar sobre el contenido de los derechos de la naturaleza afectados (art. 71 de la Constitución). A su entender, los resultados lesivos están subsumidos en la figura de los daños ambientales, y no en general en las acciones u omisiones lesivas causantes.

En otro caso constitucional, y volviendo a resaltar la importancia de la prevención ambiental y la gestión de los riesgos, la Corte Provincial de Zamora, en el juicio 19304-2019-00204, acción de protección, dijo en su sentencia dictada el 18/09/2019:

"Es el Estado a través de sus instituciones como el Ministerio del Ambiente; Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables; y, la Agencia de Regulación y Control Minero, el encargado de regular la actividad minera y de otorgar títulos mineros previo al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, como estudios de impacto ambiental, los cuales deben tomar en cuenta los principios ambientales, como el de precaución, prevención, remediación entre otros, a fin de que estas actividades productivas causen el menor impacto al medio ambiente".

Situación igual se produjo en Puerto Ayora, provincia de Galápagos, en el juicio 269-2012, medida cautelar constitucional, de fecha 28/06/2012, cuando el juez de la causa manifestó que la parte accionada:

"Reconoce expresamente su vulneración, en cuanto no han obtenido aún el permiso de la autoridad ambiental para la ejecución de la obra, ni siquiera se encuentra categorizada y menos aún definido por parte de la autoridad ambiental si requieren aprobar un estudio de impacto ambiental o si simplemente se les pedirá presenten una ficha ambiental, previo a la necesaria, imprescindible y constitucional Licencia Ambiental u autorización de la autoridad ambiental, Ministerio de Ambiente o Parque Nacional Galápagos, lo que al momento no existe ni han podido presentar tal como el suscrito juez con plena competencia como juez constitucional de primer nivel, les ordenó presenten en la audiencia pública y nunca presentaron".

Algo parecido sucedió en Gualaceo, provincia del Azuay, en el proceso 01281-2019-00032, acción de protección, en la sentencia dictada el 18/02/2019, cuando un juez constitucional de la Unidad Judicial Penal consideró lo siguiente:

"El GAD provincial previo a emitir el certificado ambiental 672-GPA-2019-CA-SUIA, debió cumplir con la verificación del cumplimiento de estudios de impacto ambiental, así como su mitigación, lo que no ha sido justificado en audiencia, de manera que lo alegado por los accionados con respecto a que el certificado ambiental se lo obtiene de manera virtual únicamente efectuando un registro en la plataforma virtual, aquel proceso deja claro que es vulnerable en desmedro de garantizar los derechos [de la naturaleza] en el caso *sub judice*, (...) su accionar no ha sido apegado al cumplimiento de los derechos de la naturaleza, bajo el principio de precaución y obligación debida, por lo que ha coadyuvado a la apertura de la vía sin el cumplimiento de estudios y licencias de impacto ambiental...".

Otro proceso de estudio es el dictado por la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Pastaza, ciudad el Puyo, proceso 16281-2019-00422, acción de protección, sentencia dictada el 25/06/2019, en la que se estableció:

"Es claro que la razón de ser de las licencias ambientales es la protección de los derechos individuales y colectivos de los grupos humanos que habitan en el lugar de influencia correspondiéndole por tanto a las autoridades públicas en este caso al Ministerio del Ambiente, velar por estos derechos, *en particular cuando el riesgo de su vulneración aumenta debido al desarrollo de actividades riesgosas o bajo la óptica de incumplirse los lineamientos implícitos en la autorización conferida pues justamente al saber que la actividad constructiva causa o puede causar degradación del medio ambiente, la salud, el paisaje su intervención y seguimiento oportuno servirá para prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos que con ocasión de la actividad autorizada se produzcan o se puedan producir* teniendo a la mano dicha cartera de Estado un medio de resguardo inmediato y oportuno que prevé la

normativa al respecto y que se plasma en el hecho de que la licencia puede ser objeto de revocación o suspensión cuando no se cumplan las condiciones y exigencias en ellas establecidas" (el destacado nos pertenece).

Este caso subió en apelación a la Corte Provincial de Pastaza, sala Multicompetente. Dicha sala dictó su sentencia el 05/09/2019, en la que aceptó parcialmente el recurso de apelación, declarando la violación a los derechos de la naturaleza (entre otros derechos) debido a que los permisos administrativos no garantizaban estos derechos. En ella se ordenó dejar sin efecto la autorización del uso y aprovechamiento del caudal emitido por la SENAGUA, así como la licencia ambiental emitida por el Ministerio del Ambiente. Además, se ordenó la paralización de la ejecución del proyecto, hasta que se obtengan los permisos correspondientes y se cumpla con la sentencia y las respectivas medidas de satisfacción.

Esta Corte señaló:

"No observamos que la empresa haya realizado medidas específicas para el manejo de impactos a las especies que se encuentran en el libro rojo y que está anunciada en el EIA y plan de manejo, considerando que esas especies tienen protección especial por parte del Estado, ya que están en peligro de extinción siendo una obligación de la autoridad ambiental nacional observarlo, evidenciando una falta técnica por el organismo encargado de proteger el ambiente. (...) no evidenciaron en el plan de manejo la mitigación o medidas específicas por cada especie que se encuentra en el libro rojo y que merece protección por parte del Estado, afectando su ciclo de vida ya que están considerados como amenazadas y poseen alto riesgo de reducción de sus poblaciones, tampoco encontramos una análisis [sic] de la capacidad de resiliencia [36] para lograr el equilibrio ecológico y evitar su extinción, en tal sentido el plan de manejo incumple con la condición establecida en el art. 28, Acuerdo 061 (...) puesto que en las primeras observaciones (aclaraciones) del MAE, manda a realizar esas medidas sobre una especie específica (nutria neotropical), dejando de lado las demás que están sujetas a protección especial y solo dispone realizar un análisis sobre los niveles de sensibilidad del área para los componentes de ornitofauna, herpetofauna, de esta obligación que debía subsanar la empresa se conforman con que hayan dicho que el impacto es manejable pero sin medidas concretas a favor de las especies antes mencionadas, vulnerando el art. 71 de la Constitución en lo que corresponde al derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, ya que al no existir medidas de manejo de impacto esas especies se afectarán en su ciclo de vida, concomitante esto con el principio de precaución (...). estas inacciones tanto del Estado como de la empresa incumplen las condiciones que la Corte Constitucional ha generado para que los recursos naturales puedan ser utilizados en beneficio de la sociedad...".

Hasta aquí debemos resaltar en general lo previsible de las sentencias de la Unidad Judicial Multicompetente de Cotacachi, el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, la Corte Provincial de Zamora, la Corte Provincial de Pastaza ceñida al caso 16281-2019-00422, la Unidad Judicial Penal de Pastaza, la Unidad Judicial Penal de Gualaceo y las realizadas por la propia Corte Constitucional. En ellas se establece la importancia de contar con las condiciones y las garantías que sirven para proteger los derechos de la naturaleza y hacer posible su ejercicio. Para estos magistrados, no contar con estas garantías representa una situación de escasa cautela que vulnera sus derechos. Se trata, pues, de la significancia de las decisiones públicas y de cumplir el régimen jurídico con la debida diligencia, dado que su irrespeto y no adopción de los mecanismos contemplados en la Constitución y la ley para garantizar los derechos provocaría una injerencia en su contenido. Tómese como ejemplo el proceso de evaluación de impacto ambiental (instrumento provisto de garantía); este se constituye como defensa de los ciudadanos y de la naturaleza frente a la arbitrariedad y el poder de las autoridades. Si este proceso es denostado por el propio Estado, las garantías de los derechos de la naturaleza se verían seriamente comprometidas. De ahí que los riesgos de nuestra sociedad moderna que se admiten o permiten (por lo general a través de autorizaciones administrativas o normas técnicas que regulan estos riesgos y los gestionan a través del control y la sanción), tras ser evaluados con la debida cautela, sean una herramienta impor-

tante en el libre desarrollo de los derechos fundamentales.

Otro caso importante para este estudio es la sentencia emitida por la Corte Constitucional 166-15-SEP-CC, caso 0507-12-EP, de fecha 20/05/2015, en la cual se declaró vulnerado el derecho al debido proceso (derecho inmanente a las personas) en la garantía de la motivación. Su argumento fue que la sentencia de la Corte Provincial de Esmeraldas careció de razonabilidad y de lógica. La Corte de Esmeraldas no examinó en su sentencia la existencia de vulneración de los derechos de la naturaleza ni la contraposición de los derechos alegados por las partes en el proceso (lo mismo que sucedió en la provincia de Pastaza, en el proceso 16241-2012-0030).

La Máxima Corte señaló:

"Al constatarse un análisis asistemático de los derechos alegados por el propietario de la camaronera MARMEZA, en contraposición a los derechos a la naturaleza reconocidos en la Constitución de la República, se advierte que el estudio efectuado por los jueces de la sala única de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas desnaturaliza los postulados constitucionales".

La Corte Constitucional, en esta causa, expresó que los jueces debían realizar la evaluación o predicción de los impactos que sufriría la naturaleza por las actividades que suponían peligro. Así:

"El análisis de los juzgadores en orden a garantizar la tutela efectiva de los derechos de la naturaleza, esto es, el respeto integral a su existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, debió incluir el estudio de los potenciales impactos que genera en la naturaleza el proceso de producción en la acuacultura del camarón, tanto en la ubicación, diseño y construcción de las piscinas como en la operación de las mismas (...). En tal virtud, resulta extraño que escaparan al razonamiento judicial en la sentencia impugnada, los significativos impactos ambientales que generan las camaroneras en ecosistemas frágiles (...), en tanto, la operación de estas ocasiona una innegable transformación del hábitat natural a través de la intrusión de agua salada en los acuíferos de agua dulce, la introducción de nuevas especies y enfermedades en el ecosistema, las desviaciones de flujos por taponamiento de las piscinas, entre otros".

La Corte Constitucional mantenía congruencia al dictar sus fallos. El contenido ambiental de sus decisiones mostraba sólidos conocimientos en la prevención ambiental. No obstante, lejos estarían, aún, de consolidarse los derechos de la naturaleza. El máximo órgano de interpretación constitucional, contradiciéndose, resolvió casos de similar naturaleza de forma imprevisible.

En la sentencia 291-16-SEP-CC, caso 0956-12-EP, de 07/09/2016, por un asunto de adquisición y movilización de madera nativa, para ser específicos, 7,7 m^3 de caucho y colorado manzano, sin la respectiva autorización de aprovechamiento ni guía de circulación de productos forestales, y luego de haber aceptado la curia constitucional que la autoridad ambiental nacional tenía la competencia para regular lo concerniente a la movilización de producto forestal y "que para proteger los derechos de la naturaleza realiza operativos de control de movilización de productos forestales sin guía de movilización o que estos productos no se encuentren amparados en la licencia de aprovechamiento forestal o instrumento legal que demuestre el origen lícito del mismo...", la Corte declaró que no existió vulneración de derechos constitucionales.

Esta causa se sustanció en el Juzgado Primero de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Pichincha, con el nro. 17951-2011-1349, cuya sentencia se dictó el 11/11/2011, rechazando la acción de protección propuesta. La acción de protección se dirigía en contra de una resolución administrativa del Ministerio del Ambiente, tramitada conforme a la ley, que declaraba la responsabilidad ambiental acompañada de una sanción pecuniaria y el decomiso del medio de transporte y el producto ilegal (la Corte Provincial de Pichincha en su sentencia de apelación confundirá, voluntaria o involuntariamente, la figura de la confiscación con la del decomiso, pese a que el juez inferior motivó las diferencias de estas dos figuras). A criterio de la autoridad judicial de primera instancia, y por tratarse de una cuestión de mera legalidad que debía ser impugnada por la vía judicial, la acción de protección fue correctamente rechazada.

Propuesto el recurso de apelación, la Corte Provincial de Pichincha resolvió el recurso el 11/04/2012, revocando la decisión del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia, y declaró vulnerados los derechos a la propiedad, al trabajo y a la "seguridad jurídica", ordenando la devolución del medio de transporte con el que se cometió la infracción. A nuestro juicio, estos jueces en su sentencia volvieron a desconocer los derechos de la naturaleza, omitiendo realizar el examen de todos los derechos en presencia con el fin de buscar la proporcionalidad y equilibrio entre ellos. En la sentencia no se percibe el contraste obligatorio que debía realizar la Corte en razón de los derechos objeto del conflicto, incluidos, obviamente, los derechos de la naturaleza. Asimismo, estos jueces nada dijeron sobre la multa impuesta (40 dólares) y el producto forestal decomisado, pues, al parecer, lo único que importaba era recuperar el medio de transporte, aprovechándose de la acción de protección.

Este nocivo comportamiento judicial se replicaba en la provincia de Imbabura. Véanse las sentencias de la Corte Provincial de Imbabura en los procesos constitucionales 10102-2009-0079, 10301-2009-0152, 10102-2009-0022, 10305-2009-0003, 10252-2009-0112, 10102-2009-0049 y 10305-2009-0033.

La Corte Constitucional, para negar la acción extraordinaria de protección del caso 0956-12-EP, se olvidó sospechosamente de los argumentos aplicados en su sentencia 218-15-SEP-CC en el caso 1281-12-EP, cuando dijo:

"Que si bien el derecho al trabajo es un derecho constitucional, este no se concibe como absoluto al igual que sucede con otros derechos y libertades constitucionales; pues, de su naturaleza y de las repercusiones sociales de su ejercicio, se desprenden las limitaciones que la sujetan a prescripciones de carácter general establecidas por el legislador en el ordenamiento jurídico vigente y a restricciones de índole concreta por parte de las autoridades administrativas. En este sentido, el goce del derecho constitucional al trabajo que le asiste a los legitimados activos de la acción de protección se vería limitado porque en el desarrollo de sus funciones estos inobservaron la Ley de Minería, normativa que rige la ejecución de actividades mineras".

Otra decisión que merece ser comentada es la dictada por la Corte Constitucional en el caso 0796-12-EP, sentencia 065-15-SEP-CC, de 11/03/2015, cuando dijo:

"En el presente caso, se condena al legitimado activo a destinar el 20% de la extensión total de su propiedad, sin que se observe un procedimiento en el cual se determine que la propiedad o parte de ella, hayan sido declarados previamente de utilidad pública o de interés social y nacional, pues en la sentencia no determina una previa y justa valoración e indemnización y pago de la propiedad, conforme manda la Constitución (...). Por otra parte, el art. 397, inc. 1º, de la Constitución establece (...). En este contexto, las autoridades estatales a cargo del control, seguimiento y sanción por daños al ambiente son: el Ministerio del Ambiente, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, entre otras autoridades que gozan de legitimidad para sancionar a los infractores conforme a la Constitución y la ley. La sentencia determina la existencia de daños ambientales en base a un informe pericial, mismo que no establece la existencia de contaminación ambiental actual ni los daños a la naturaleza alegados por la comunidad El Verdum, sin el apoyo técnico y sin observar los procedimientos previstos en la ley para determinar impactos ambientales; se limitan únicamente a señalar que los daños fueron producidos mucho antes de que el accionante adquiera las tierras, ya que las actividades acuícolas y camaroneras se han desarrollado en el sector desde hace 30 años. La legislación ambiental del Ecuador establece los mecanismos que deben aplicarse para el proceso de evaluación de impacto ambiental, los mecanismos de control y las sanciones para los infractores, mismos que deben ser observados, atendiendo el derecho a la seguridad jurídica prevista en la Constitución".

Si bien las imprecisiones de esta sentencia denotan falencias insondables en los jueces de la Corte Constitucional, la incertidumbre que estos provocan en los justiciables es inconmensurable.

En primer plano, los jueces no analizaron las cuestiones relativas a la función social y ambiental de la propiedad ni los intereses públicos que deben estar relacionados a ella. Una limi-

tación parcial al dominio no implica necesariamente una obstrucción absoluta al derecho a la propiedad (tomando en cuenta que en las áreas a reforestar también se permitía el uso y goce del propietario accionado), más si se trata de restaurar los derechos de la naturaleza afectados.

En segundo plano, en un asunto de relevancia constitucional, estos jueces enredaron la responsabilidad administrativa ambiental con la responsabilidad por daño ambiental, asemejando las dos figuras. Recordemos que los daños ambientales residen en la obligación de reparar la naturaleza dañada. De su lado, las infracciones administrativas son las conductas que inobservan la ley, cuyo reproche viene acompañado de una sanción o castigo **(48)**. Por consiguiente, estas responsabilidades son disímiles, con fines separados.

En tercer plano, los procedimientos para evaluar y determinar los impactos ambientales están orientados a predecir con antelación las afectaciones de un proyecto. Estos impactos, una vez autorizados, no pueden denominarse "daños ambientales", porque están cobijados bajo el riesgo conocido, aceptado y gestionado por el Estado.

Para tomar su decisión, los jueces de la Corte Constitucional se decantaron por dirimir las cuestiones del daño ambiental excluyendo de su análisis todas las acciones u omisiones lesivas que posiblemente vulneraron los derechos de la naturaleza. Ellos se limitaron a analizar erróneamente las leyes ambientales y echaron por la borda las cuestiones constitucionales, declarando la vulneración del derecho a la "seguridad jurídica", paradójicamente.

Este caso se tramitó en la Corte Provincial de Manabí, sala de lo Civil y Mercantil, que conoció el recurso de apelación de la acción de protección en el proceso 13111-2012-0145, en la que dicha Corte resolvió aceptar parcialmente la acción, reconociendo la vulneración de los derechos de la naturaleza, situación que dejó sin efecto (sospechosamente) la Corte Constitucional.

En esta sentencia se consideró como prueba aportada la existencia de "un ecosistema manglar en el entorno en el estuario del río Chone y que dentro del mismo se encuentra inmerso el asentamiento poblacional de la comuna". La existencia de "áreas del ecosistema que puede [sic] ser restaurados para el ecosistema del manglar. 5. que para facilitar el acceso a la propiedad se ha talado el mangle especialmente, el que da con los muros y los canales de captación y de desagüe". La Corte provincial ordenó la "reposición de las áreas destruidas en que se violentó los derechos de la naturaleza que como beneficiaria de esta acción interpuesta por el grupo de personas deben reponerse...".

Con una mínima y debilitada porción de argumentos (si se les puede llamar así), y poniendo en clara evidencia las pocas luces de los jueces constitucionales en materia ambiental, la Corte provincial justificó la violación a los derechos de la naturaleza diciendo:

"La intención del legislador al otorgarle derechos a la naturaleza es conserva [sic] la originalidad y las génesis [sic] de varias especies incluida la humana que debe ser preservada...".

A lo largo de todo este análisis hemos podido observar la manera en que la Corte Constitucional y ciertas Cortes provinciales no guardan orden y cohesión en sus decisiones. Sus fallos contradicen sus propios precedentes, no garantizan estabilidad social y causan distorsiones a la seguridad jurídica del país, sin mencionar el flaco favor que le hacen a nuestra democracia, de por sí ya exigua **(49)**.

Este comportamiento judicial debería someterse a escrutinio público y tramitarse confor-

(48) Véanse las diferencias entre la responsabilidad ambiental y la responsabilidad administrativa ambiental en TENE SOTOMAYOR, W., "El régimen público de responsabilidad por daños ambientales...", ob. cit., ps. 16-17.

(49) En opinión de Volpi: "En el tiempo de los derechos (1990), Norberto Bobbio dejó claro que 'sin reconocimiento y protección de derechos humanos no hay democracia.' El debilitamiento de esta protección, es decir, de los mecanismos que garantizan su respeto efectivo, destruye a la democracia (...). Entendida solo como sistema electoral, sin un sustento basado en la tutela real de los derechos ciudadanos, la democracia se convierte en una ilusión". VOLPI. J., "El insomnio de Bolívar", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2009, ps. 100-101.

me manda el ordenamiento para determinar las respectivas responsabilidades, sumada la obligación de responder por la inadecuada administración de justicia (art. 11 de la Constitución).

Uno de los principios que ha desarrollado justamente la Corte Constitucional en una de sus sentencias es el principio *stare decisis: et quieta non movere*. La Corte dijo en su momento: "La Constitución vigente finalmente reconoce de manera expresa el principio *stare decisis* en el art. 436, numerales 1 y 6, de la Carta Fundamental. El conocido principio *stare decisis* se ha entendido como aquel deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; o dicho en otras palabras, en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada" **(50)**.

En algunos de los casos expuestos en este trabajo los jueces desobedecieron deliberadamente este principio. Algunos fallaron en contra de las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, cambiando íntegramente lo decidido por ella. La propia Corte Constitucional puso el mal ejemplo, desconociendo sus propios precedentes. Fruto de esta inobservancia, terminaron afectando la igualdad procesal de los litigantes.

Insiste la Corte Constitucional: "En esta misma línea, la Corte ha indicado que la inobservancia de los precedentes jurisprudenciales y específicamente del principio *stare decisis*, por parte de los órganos de justicia, genera la transgresión del derecho a la seguridad jurídica por ello, aquellas controversias que guarden identidad objetiva entre sí deben necesariamente recibir un tratamiento jurídico idéntico por parte de la administración de justicia, lo que implica realizar una aplicación uniforme de la normativa pertinente para la resolución de casos análogos" **(51)**.

(50) Corte Constitucional, sentencia 001-10-PJO-CC, caso 0999-09-JP, de fecha 22/12/2010, párr. 27.

(51) Sentencia 376-17-SEP-CC, caso 2021-15-EP, de fecha 22/11/2017, p. 14.

Por lo que se refiere a la vía expedita jurisdiccional, para garantizar los derechos de la naturaleza están la medida cautelar (art. 87 de la Constitución), la acción de protección (art. 88 de la Constitución), o ambas al unísono **(52)**. La dispar jurisprudencia de la Corte Constitucional nos dice, de un lado, que la acción de protección es la vía idónea para proteger derechos, incluso de las amenazas **(53)** y, de otro lado, que a

(52) Según Quintana: "Siendo un proceso de naturaleza tutelar [refiriéndose a la acción de protección], el juzgador, cuando conozca la garantía, puede adoptar, si el caso amerita, y con el objeto de detener la violación de derechos, medidas preventivas o cautelares que considere aplicables, sin que ello constituya prejuzgamiento sobre la declaración de violación de derechos que se debe hacer en sentencia dentro del proceso principal, lo que no la torna en un proceso cautelar, manteniendo su naturaleza de proceso de conocimiento. En este caso, las medidas cautelares serán dependientes o conjuntas a la garantía propuesta, por lo que para que el juez las dicte, la ley no exige la calificación de su requerimiento, ya que pueden ser emitidas de oficio (…), aunque tampoco existe impedimento de solicitarlas de manera independiente a la proposición de la garantía, teniendo el juez que ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibe la petición…". QUINTANA, I., "La acción de protección", 2ª ed., Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2019, ps. 82-83.

(53) Corte Constitucional, dictamen 001-14-DRC-CC, caso 0001-14-RC, de fecha 31/10/2014, p. 38. Por otro lado, algunos jueces, tanto de Corte provincial como de primera instancia, han reconocido el carácter preventivo y precautelar de la acción de protección. Es el caso de la Corte Provincial de Pichincha, sala de lo Penal, en el juicio 17203-2019-01125, de 23/07/2019, que manifestó: "Séptimo: consideraciones y fundamentos de la sala. 7.3 y 7.4 cuyo objetivo es claro [refiriéndose a la acción de protección], el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en nuestra Constitución, teniendo como fin reparar el daño causado, hacerlo cesar si se está produciendo o prevenirlo si es que existe la presunción o indicios claros de que el acto ilegítimo puede producirse. 7.5 (…) por lo que la acción de protección, se constituye en una garantía primordial de protección de derechos fundamentales, (…) y dicha protección debe gozar de un carácter preferente y sumario, a fin de que pueda alcanzar sus objetivos de protección tanto cautelar como tutelar. 7.6 (…) teniendo la acción de protección varias características como: (…), es una acción cautelar…". En el mismo sentido, la jueza constitucional de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Mariscal Sucre del cantón Quito, provincia de Pichincha, en el proceso 17203-2019-01125, de 07/03/2019, expresó: "En extracto diré que la acción de protección germina y está, para proteger, precautelar, tutelar y amparar los derechos de las personas por acción u omisión…". Asimismo, en su sentencia, el juez constitu-

las medidas cautelares se las deberá presentar según su objeto, tomando en cuenta que, si hay amenazas, se presentarán de forma autónoma, y cuando existan vulneraciones, se presentarán en conjunto con la acción de protección **(54)**.

Una sentencia reciente del máximo órgano, la nro. 1960-14-EP/20 de 19/05/2020, nos dice:

"Frente a un derecho, reconocido en la Constitución o en un instrumento internacional de derechos humanos, para que procedan las medidas cautelares debe existir una acción u omisión que se encuentre en dos momentos [1] cerca de producirse una violación (amenaza); [2] se está produciendo la violación. El primer momento se da antes de la violación y el segundo momento durante la violación de derechos. La violación a los derechos no se ha consumado en el primer momento y solo cabría interponer medidas cautelares. Si se está produciendo la violación de derechos, se causa un daño, entonces procede la garantía jurisdiccional de conocimiento que corresponda (...) de forma conjunta con la medida cautelar o de manera autónoma" **(55)**.

Creemos que las medidas cautelares tienen la tarea de prevenir y evitar que se configuren las acciones u omisiones lesivas que podrían afectar a los derechos de la naturaleza. Estas medidas sirven para asegurar a la naturaleza antes de que se produzca la violación o, mientras esta se produce, en el transcurso de la decisión de fondo, que se ordene la cesación de dicha vulneración.

En materia ambiental, como quedó anotado, esta es una regla vital, la actuación *a priori*, pues son de sumo grado todas las medidas que se adopten anticipadamente a la conculcación de los derechos.

En materia de los derechos de la naturaleza muchos son los actos administrativos que amenazan con vulnerar estos derechos. La Corte Constitucional en una de sus sentencias señaló que cuando los actos administrativos han sido consumados, y cuyo efecto fue la vulneración de los derechos, no caben las medidas cautelares autónomas, sino las conjuntas.

La Corte Constitucional manifestó en su sentencia 002-15-SIS-CC, en el caso 0068-12-IS de fecha 21/01/2015:

"Es incuestionable que nos encontramos frente a hechos ya consumados por medio de un acto administrativo sancionatorio dictado y ejecutado por la Agencia Nacional de Tránsito, los cuales habrían vulnerado derechos constitucionales. En ese sentido, el accionante de la medida cautelar incurrió en un error al presentar una medida cautelar autónoma cuando el objetivo no era evitar una posible vulneración sino detener una aparente vulneración que para ese momento estaba ya ejecutada a través del acto administrativo. (...) En relación al análisis expuesto, esta Corte a través de su sentencia 020-14-SIS-CC, dictada dentro de la acción de incumplimiento 0001-14-IS, reconoció la imposibilidad de ejecutar una resolución en donde, a través de una media cautelar autónoma, se pretenda suspender los efectos de un acto administrativo ya consumado, circunstancia que requiere necesariamente de una garantía conjunta que dictamine la efectiva vulneración de derechos". En tal sentido, la Corte señaló: "En resumen, esta Corte Constitucional declara que las medidas cautelares dictadas por el juez son inejecutables, pues resulta improcedente suspender efectos de actos administrativos ya consumados...".

Somos de la opinión de que la medida cautelar autónoma debe presentarse en la medida en que se pueda demostrar la amenaza de vulneración; eso es lo que marca su procedencia, más allá de desarrollar jurídicamente los efectos de los actos administrativos consumados o no.

Por su parte, la acción de protección en el art. 88 de la Constitución estipula que su objeto es el

cional de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Gualaceo, provincia del Azuay, en el proceso 01281-2019-00032 de 18/02/2019, dispuso: "la presente acción, es un medio de protección que puede ser aplicado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados...".

(54) Corte Constitucional, sentencia 034-13-SCN-CC, caso 0561-12-CN, de fecha 30/05/2013, p. 13.

(55) Corte Constitucional, sentencia 1960-14-EP/20, caso 1960-14-EP, de fecha 19/05/2020, párr. 33.

amparo "directo" y "eficaz" de los derechos. Para que este amparo sea "directo" y "eficaz", el Estado (a través de los jueces), sobre el que recae el deber de proteger a la naturaleza, está obligado a resguardarla con la debida diligencia que le es exigida.

A nuestro entender, el amparo directo se refiere a la dirección que adopta la protección constitucional. Los jueces constitucionales en su labor interpretativa deben apegarse a la conservación de la naturaleza, tomando en cuenta el contenido de sus derechos, su integridad y la custodia de sus elementos en el marco del desarrollo sostenible que establece la propia Constitución **(56)**. Esto significa una alineación judicial razonable sobre el núcleo de estos derechos, en las condiciones óptimas que garanticen su ejercicio. Este es, a nuestro juicio, el amparo directo que se le puede dispensar y tributar al contenido de estos derechos, lo que, a su vez, reviste su significancia constitucional.

En su lugar, la acción de protección será eficaz cuando ella tenga la capacidad de lograr el efecto que se espera, en este caso, que la naturaleza [1] exista integralmente y no desaparezca, mantenga y regenere sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, o que esta [2] logre su restauración cuando haya sido aquejada.

Vale decir que la acción de protección también cumple una función preventiva significativa. Mientras más rápido se resuelva el asunto de las vulneraciones producidas (para detenerlas, disponer su cesación o impedir la propagación nociva de sus efectos) y se ordene la restitución de los derechos, mayor será la garantía de su protección. La finalidad es impedir la escalada de las violaciones. Recordemos que oportunidad y prevención van de la mano.

En definitiva, siempre va ser más útil la prevención que evita que las vulneraciones se concreten (medidas cautelares) o el desenlace de ellas (acción de protección), que la que impone el miedo por la reparación integral constitucional como un castigo.

Un hecho distintivo en esta materia sigue siendo la sentencia del juicio 11121-2011-0010 de fecha 30/03/2011, en la que la Corte Provincial de Loja hizo una valoración eminentemente preventiva y cautelar, aunque con ciertas inclinaciones hacia el daño ambiental. En ella se manifiesta:

"Dada la indiscutible, elemental e irresumible importancia que tiene la naturaleza, y teniendo en cuenta como hecho notorio o evidente su proceso de degradación, la acción de protección resulta la única vía idónea y eficaz para poner fin y remediar de manera inmediata un daño ambiental focalizado. Razona esta sala que hasta tanto se demuestre objetivamente que no existe la probabilidad o el peligro cierto de que las tareas que se realicen en una determinada zona produzcan contaminación o conlleven daño ambiental, es deber de los jueces constitucionales propender de inmediato al resguardo y hacer efectiva la tutela judicial de los derechos de la naturaleza, efectuando lo que fuera necesario para evitar que sea contaminada, o remediar. Nótese que consideramos incluso que en relación al medio ambiente no se trabaja solo con la certeza de daño 'sino que se apunta a la probabilidad'".

Las situaciones peligrosas deben ser evaluadas y gestionadas por las personas que las promueven **(57)**. La asunción del riesgo por parte

(56) La Corte Constitucional dijo en su sentencia 065-15-SEP-CC, caso 0796-12-EP, de fecha 11/03/2015: "claramente este derecho no es un derecho independiente de los demás reconocidos en la Constitución, lo que obliga al intérprete de la Constitución a realizar una lectura sistemática de la misma, de tal forma que los recursos naturales pueden ser utilizados en beneficio de la sociedad, siempre y cuando se respeten sus ciclos vitales sin atentar contra su existencia, interconexión de los derechos".

(57) Para Esteve Pardo, la materia prima del derecho ambiental de estos tiempos es el riesgo, por ello: "Si el de la sostenibilidad es uno de los paradigmas del derecho ambiental, otro más relevante por sus posibilidades de categorización y de operatividad jurídica es el del riesgo. El derecho del medio ambiente es un derecho de regulación y gestión de riesgos que se explica y encuentra su sentido en ese modelo de sociedad postmoderna en la que estamos instalados y que se ha dado en llamar la sociedad del riesgo. (...) En ella, el principal objetivo del derecho del medio ambiente es justamente la regulación de los riesgos que nuestras actividades, amplificados sus efectos por el potente entramado tecnológico del que nos hemos dotado, generan para el medio ambiente. Son dos entonces, fundamentalmente, los contenidos específicos

de los responsables, como una de las premisas a valorar, podría servir de apoyo para el examen constitucional de los jueces. Esta sería una herramienta para prevenir vulneraciones constitucionales o bien como criterio para corregir las ya producidas.

La Corte Constitucional, en la sentencia 023-18-SIS-CC, caso 0047-09-IS, de 16/05/2018, declaró: "En ese mismo sentido el art. 73 de la Constitución de la República determina como un deber del Estado establecer medidas encaminadas a precautelar y restringir aquellas actividades que supongan un alto riesgo para el ambiente, en especial la extinción de flora y fauna, destrucción de los ecosistemas, así también actividades que puedan repercutir en la naturaleza alterando los ciclos del sistema natural".

A manera de conclusiones

En los más de 10 años de vigencia de los derechos constitucionales de la naturaleza, contados han sido los casos en los que se ha judicializado su protección. Ciertos jueces han demostrado estar a la altura del desafío impuesto por este modelo desconocido, a pesar de que no existen o son muy escasos —además de defectuosos— los estándares dictados por la Corte Constitucional.

En ocasiones, algunos jueces constitucionales, impedidos por su voluntad, por su escaso talento o por su falta de ética (una de las causas puede ser la colusión y el poder económico para dictar sentencias favorables a una de las partes), todavía no terminan de comprender las nociones básicas del derecho en general, ni qué decir las del derecho ambiental. Son la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la fundamentación objetiva de las decisiones públicas y la debida diligencia, cuestiones, aún, ajenas a ellos.

En cuanto a las garantías jurisdiccionales, la mayoría de los jueces maneja de manera equívoca, centralizada e indistinta los daños ambientales como la forma de vulnerar estos derechos, asimilando una cuestión de derechos constitucionales con las reglas anticuadas del derecho civil de daños.

Como se ha dicho a lo largo de este trabajo, los derechos constitucionales de la naturaleza se vulneran por acciones u omisiones de la autoridad pública o agentes privados, generando la obligación constitucional de restablecer o restituir los derechos afectados, más la obligación de hacerse cargo de los perjuicios ocasionados por dicha violación. Las acciones u omisiones, para ser consideradas como lesivas, deben ser de tal entidad que interfieran u obstaculicen el ejercicio de los derechos, o al menos guardar esa inminencia lesiva cuando de amenazas se trate.

En razón de defender los derechos de la naturaleza y por cuestiones que afectan su contenido se deberán activar las garantías jurisdiccionales (de la puesta en peligro o de las vulneraciones). Son estas cuestiones de relevancia constitucional las que nos ayudarán a examinar la conveniencia de dichas garantías y a saber discernir las cuestiones de mera legalidad.

El rol del Estado es capital en la garantía de los derechos de la naturaleza. Sobre él recae la responsabilidad de su efectividad y el bien común ambiental de la sociedad.

Entre los retos judiciales vigentes está el de entender de manera clara y precisa el sentido y alcance de los derechos ambientales de las personas (art. 14) y el contenido de los derechos inherentes a la naturaleza (arts. 71 y 72), en especial cuando la tutela que se le debe otorgar a la naturaleza está interrelacionada con los demás derechos constitucionales, incluyendo los derechos ambientales. En el análisis constitucional, los jueces están obligados a analizar, y en consecuencia a motivar, todos los derechos afectados por las agresiones ambientales, ya que estas no solo afectan al contenido de los derechos de la naturaleza de forma autónoma, sino que su alcance puede llegar hasta una de las dimensiones considerables del medio ambiente, los derechos sustanciales de las personas.

Por otro lado, es inaplazable estudiar y desarrollar el alcance de los principios constitucionales ambientales, el contenido del interés público por la conservación de la biodiversidad,

que a este derecho le corresponden: el primero decidir sobre los riesgos que se admiten; el segundo, la gestión de esos riesgos". ESTEVE PARDO, J., "Derecho del medio ambiente", 3ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, ps. 14-15.

la función ambiental de la propiedad como el derecho a desarrollar actividades económicas con responsabilidad ambiental.

Asimismo, debe ser abordada con premura y seriedad la preparación de los jueces sobre instrumentos internacionales de derechos humanos, estándares interamericanos y las cuestiones vinculantes en general que atañen y forman parte de nuestro sistema jurídico. Los legisladores, por su parte, deben corregir las leyes o promover las que hagan falta para incorporar los derechos de la naturaleza, al igual que las que regulan las garantías jurisdiccionales.

Creemos que la acción de protección ha venido siendo degradada y desnaturalizada por el poder político de turno, cada vez que el Estado se muestra inoperante, en todos los sentidos. Esto se advierte cuando incumple sus obligaciones más elementales o cuando termina transgrediendo derechos constitucionales, incluso en las materias y procedimientos regulados por la ley. Por consiguiente, en lugar de hablar de un "abuso" de la acción de protección, por una acogida abrumadora de los ciudadanos en busca de protección de los derechos, se debe poner el acento en la ineficiencia del Estado y en su conducta sistemática y vulneradora de derechos (comportamiento común en esta materia). Por ello existen a nivel internacional estándares de conducta estatal inderogables que deben ser observados y acogidos.

Si la intervención de la Administración Pública tiene el carácter de preventiva, en teoría, y su protagonismo está anclado en la actuación previa, la Administración debe ejercer sus actos en tales condiciones y los ciudadanos exigirle que las cumpla.

Para que tengan sentido las garantías jurisdiccionales, estas deben cumplir con la obligación de proteger los derechos de la naturaleza en la forma que esta demanda, garantizando la conservación de lo existente, adaptándose a las necesidades actuales, cambiando los patrones judiciales estáticos y pretéritos que no evolucionan a medida que la sociedad y el derecho lo hacen. De igual modo, hay que fortalecer las garantías jurisdiccionales si queremos combatir el desmedro de los derechos y dotar a los ciudadanos de medios efectivos.

Cuando los jueces se equivocan, estos deben responder por sus actos, su conducta debe ser sancionada. Se deben crear los mecanismos efectivos para lograr este objetivo, al igual que fortalecer el control social y ciudadano de sus decisiones. De igual modo, los procesos de repetición deben ser útiles si queremos que el Estado constitucional de derechos funcione. Los jueces no están llamados a presenciar desde su comodidad el abatimiento de la naturaleza, sino a garantizar el ejercicio de sus derechos. Es inaplazable ponerle coto a los daños sociales que provocan los jueces con sus sentencias (las mal habidas, por supuesto).

Hay un largo camino por recorrer para que este modelo de derechos constitucionales trascienda. Los derechos de la naturaleza deben dejar de ser aparentes y retóricos.

El declive de los ecosistemas cada vez se expande más, como la desconfianza de las personas sobre la justicia. Esta confianza se podrá recuperar si se reduce el contraste marcado entre lo mágico de las normas y la indignidad del día a día; si pasamos de la retórica de los discursos dulcificados a la realidad de los hechos; si los ideales contemplados en la Norma Suprema se materializan.

Si no se revierte esta situación, de poco habrá servido que los derechos de la naturaleza se constitucionalicen. A la larga, esto puede significar una victoria pírrica, contraria a la propia naturaleza.

La justiciabilidad de estos y todos los derechos se vuelve inconducente si la Constitución no se aplica y se la irrespeta.

REPARACIÓN DEL DAÑO AL AMBIENTE

***In dubio pro natura* o *pro salute.* Medida cautelar procedente. Proceso de desforestación. Plantación de caña de azúcar.**

Con nota de Guillermo Marchesi

1. — De manera cautelar, se suspende inmediatamente los efectos del dec. 10.084/2019, hasta que el Gobierno nacional presente, en hasta 180 —ciento ochenta— días, los estudios técnicos, la viabilidad científica y sin impacto que motivó la nueva legislación y la derogación del anterior, para los biomas involucrados; aunque el daño resultante de la expansión de la deforestación causada por el cultivo de la caña de azúcar aún no se define en los registros (lo que merece especial atención, ya que es precisamente el daño irreversible lo que debe evitarse), deben ser observados los principios de precaución (cuando hay dudas sobre el potencial dañino de una acción dada sobre el medio ambiente, se toma la decisión más conservadora, evitando la acción) y la prevención (ya que una vez que se puede predecir cierta actividad nociva, debe evitarse), abogando por el medio ambiente y la salud el principio *in dubio pro natura* o *pro salute*. Esto reanuda los efectos de la norma anterior.

2. — Liberar los biomas Amazonas, Pantanal y Cuenca del Alto Paraguay, tierras indígenas y las áreas de protección ambiental sin ningún estudio científico de factibilidad es apostar por la certeza de nuevos desastres y plagas ambientales, sometiendo a las personas a genocidios o masacres impredecibles. En este caso, la nueva regla no es compatible con el texto constitucional descripto en esta decisión.

7ª Vara Federal Ambiental e Agrária da SJAM, Brasil, 20/04/2020. - ACCIÓN CIVIL PÚBLICA, PROCESO: 1016202-09.2019.4.01.3200.

[Cita on line: AR/JUR/15034/2020]

Manaos, abril 20 de 2020.

Decisión

Se trata de una acción civil pública, con requerimiento de tratamiento urgente, presentada por el Ministerio Público Fiscal Federal, mediante la que se pretende suspender los efectos del Decreto Presidencial N° 10.084/2019, así como la indemnización de los daños materiales y morales causados al medio ambiente.

La demanda narraba que el Decreto Presidencial N° 10.084/2019, del 5 de noviembre 2019, derogó el Decreto N° 6961, del 17 de septiembre de 2009, el cual aprobaba la zonificación agroecológica de la caña de azúcar y determinaba que el Consejo Monetario Nacional estableciera reglas para las operaciones de financiamiento del sector del azúcar y el alcohol, de conformidad con la zonificación.

Según el autor, estudios científicos publicados en la Revista Science concluían que "la derogación del Decreto de 2009 que establecía la zonificación de la caña de azúcar para el Amazonas y el Pantanal, tiende a afectar el bosque y la biodiversidad en proporciones irreversibles, causando el colapso de los servicios de los ecosistemas en el Amazonas que garantizan el suministro de agua a las regiones del sur y el sureste de Brasil, llegando a afectar el abastecimiento humano y la agricultura del país".

Agregó que "la derogación del Decreto que prohibía el cultivo de la caña de azúcar en el Amazonas y el Pantanal por sí solo tiene el potencial respaldado por estudios científicos para afectar drásticamente el Amazonas y la agricultura de Brasil, y estos efectos se ven reforzados por el desmonte ambiental propiciado por el gobierno actual".

También afirmó que, según un artículo publicado en el Diario de la USP (Universidad de São Paulo), "Plantar caña en el Amazonas no es solo un error, sino una acción peligrosa que puede conducir a la pérdida de biodiversidad y, a la larga, perjudicar a toda la agricultura a gran escala de Brasil y Argentina".

Además, afirmó que la Comisión de Tierras Pastorales del Amazonas también había declarado que los biomas del Amazonas y el Pantanal estarían amenazados por el Decreto 10.084/2019. Esto se debe a que, al permitir el cultivo de la caña de azúcar para la producción de etanol en ambos biomas, aparecería una causa más del aumento del acaparamiento de tierras y las quemas registradas en 2019. Incluso, "la liberación del cultivo de la caña de azúcar representa más violencia, muerte y destrucción para los pueblos y biomas alcanzados y también debería contribuir con la reducción de las lluvias suministradas por los ríos voladores, responsables de transportar la humedad de la cuenca del Amazonas a las regiones Centro-Oeste, Sudeste y Sur de Brasil".

Sostuvo que cuando se emitió el nuevo decreto, el gobierno no presentó ninguna motivación técnica o incluso política para revocar la norma anterior.

Expresó que el decreto impugnado violó el principio de la prohibición de retroceso en materia de derechos fundamentales, además de tener el potencial de dificultar que Brasil demuestre el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París.

Y, con carácter de urgente, requirió: a) la inmediata suspensión de los efectos del Decreto Presidencial N° 10.084/2019, del 5 de noviembre de 2019; b) la abstención del gobierno de emitir un nuevo decreto sobre este objeto, hasta que demuestre, mediante estudios técnicos y científicos, la plausibilidad de la medida en comparación con el deber de proteger el medio ambiente; y c) la adopción, dentro de las 48 (cuarenta y ocho) horas, de todas las medidas para restablecer los efectos del Decreto N° 6961, del 17 de septiembre de 2009, vinculados a la zonificación agroecológica de la caña de azúcar, incluida la comunicación a los órganos ambientales de control de carácter federales, estadual y municipales (de la Amazonas Legal), para que no se autoricen actividades de plantación de caña de azúcar en la región.

El gobierno nacional contestó la acción (Núm. 186223464), alegando que "la pretensión del actor en cuanto a la anticipación de la tutela debe ser rechazado, considerando la expresa prohibición de hacer lugar a esta acción en circunstancias como las del caso en estudio, según lo dispuesto en el art. 1°, § 1°, de la Ley 8.437, del 30/06/1992, aplicable al caso, ex vi del art. 1°, caput, de la Ley 9494, del 10/09/1997".

También alegó que "la presente demanda se refiere a una situación abstracta, en el campo de las posibilidades de ocurrencia de uno o más eventos descriptos en el escrito inicial, sin ninguna hipótesis específica de incidencia que revele la necesidad de apartarse del Decreto Presidencial N° 10.084/2019".

Afirmó que hacer lugar a la acción implicaría una interferencia indebida de la judicatura en las funciones de los otros poderes del Estado, además de que el restablecimiento de la norma derogada, tendría un efecto de represalia real, característica inherente a las acciones típicas de control concentrado de constitucionalidad.

Sostuvo además que la derogación del decreto anterior había sido exhaustivamente fundamentada en estudios realizados a lo largo del tiempo, así como que se había dispensado especial atención a las circunstancias específicas de las regiones alcanzadas con el objeto de permitir el desarrollo sustentable basado en la compatibilización del desarrollo socioeconómico con la conservación del medio ambiente.

Por estas razones, se cree ausente de probabilidad el derecho invocado y el peligro en la demora.

Habiendo informado lo esencial. Decido.

En los términos del art. 300 del CPC, para hacer lugar a la tutela urgente es necesario probar los elementos que evidencien la probabilidad del derecho (fumus boni iuris) y el peligro de daño o el riesgo del resultado útil del proceso (periculum in mora). Los analizaré a continuación.

La anticipación de los efectos de la tutela tiene la función de realizar inmediatamente la tutela pretendida en los autos, en los casos en que el lapso de tiempo entre la presentación de la demanda y el dictado de la sentencia final puede poner en riesgo o incluso comprometer la realización misma del derecho material discutido. Como el tiempo requerido para obtener la tutela definitiva puede poner en riesgo la tutela definitiva pretendida, se trata de una herramienta procesal importante cuyo objetivo principal es minimizar los males del tiempo y garantizar la efectividad de la jurisdicción (los efectos de la tutela), así lo enseña Luiz Guilherme Marinoni.

En síntesis, el MPF alegó que el Estado, al dictar el Decreto Presidencial N° 10.084/2019, que revocó el Decreto N° 6961/2009, actuó sin ninguna justificación técnica, yendo en contra de las evidencias científicas conocidas, motivo por el cual sostuvo que existe una causa potencial de daños ambientales graves e irreversibles al bioma amazónico y a los servicios ecosistémicos producidos por la selva amazónica, con impactos ambientales nacionales y globales, especialmente en relación con el servicio de regulación climática y la distribución de precipitaciones realizada por el bosque tropical más grande del planeta. Adhiero a la tesis contenida en la demanda, con el fin de identificar los elementos que evidencian la probabilidad del derecho (primer requisito, art. 300, CPC).

Por disposición constitucional, todos tenemos derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una saludable calidad de vida, imponiendo al poder público y a la comunidad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras (art. 225 del CF/88).

Además, la integridad del medio ambiente no puede verse comprometida por intereses corporativos, ni estar subordinada a motivaciones puramente económicas, considerada la disciplina constitucional que favorece la defensa del medio ambiente (art. 170, VI, CF/88).

Cabe destacar en el caso concreto la necesidad de aplicar el principio que prohíbe el retroceso ambiental, prohibiendo la reducción de los niveles de protección ya alcanzados en materia de derecho ambiental.

Sobre el tema, el eminente Ministro Herman Benjamin (Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental in Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental, p. 62/63 e 67/69, 2011, Brasília/Senado Federal) enseña:

"Prohibición de retroceso como principio general del derecho ambiental. Es seguro afirmar que la prohibición de retroceso (...) se ha convertido en un principio general del derecho ambiental, que debe ser invocado para evaluar la legitimidad de las iniciativas legislativas destinadas a reducir el nivel de protección legal del medio ambiente, especialmente en lo que afecta en particular a) procesos ecológicos esenciales, b) ecosistemas frágiles o con riesgo de colapso y c) especies en peligro de extinción.

[...]

Cabe señalar que el texto constitucional, en la protección del medio ambiente, se organiza (...) en torno de "núcleos legales duros" bien identificados y precisados ("centro primordial", "punto esencial" o "zona de prohibición reduccionista"), que rechazan ser ignorados o infringidos por el legislador, administrador o juez, auténticos 'imperativos jurídico-ambientales mínimos': los deberes de 'preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales', 'preservar la diversidad e integridad del patrimonio genético del país', 'proteger la fauna y la flora' y evitar 'prácticas que pongan en riesgo su función ecológica' o 'causen la extinción de especies' (art. 225, § 1°, I, II y VII).

[...]

En el ámbito de este 'centro primordial', 'punto esencial', 'núcleo duro' o 'zona de prohibición reduccionista', el diseño legal infra-constitucional, una vez receptado por la Constitución, se fusiona con ella, de ahí la imposibilidad de anularlo o de aflojarlo de manera sustancial, sin comprometer, sin lugar a dudas, que se dañe o mutile el contenido mismo de la norma superior. Es el fenómeno del rechazo de las normas infra-constitucionales, que, sin interés de garantizar la máxima efectividad de los derechos constitucionales fundamentales, no son tímidas y se apresuran a negarles la eficacia mínima.

[...]

Se establece como una suposición de la prohibición del retroceso que los mandamientos constitucionales "se cumplan mediante normas infra-constitucionales", lo que da como resultado que la principal medida que se puede 'exigir al Poder Judicial es que invalide la revocación de normas', especialmente cuando dicha revocación se produce sin el acompañamiento 'de una política sustitutiva o equivalente', es decir, deja 'un vacío en su lugar', a saber, 'el legislador vacía el mandato constitucional, como si dispusiera directamente contra de él.'"

El E. Superior Tribunal de Justicia, al juzgar un litigio en el que se discutió el alcance de este postulado, advirtió que el principio de la prohibición de retroceso se califica como una "garantía de que los avances urbanístico-ambientales logrados en el pasado no serán diluidos, destruidos o negados por la generación actual o por las siguientes" (REsp 302.906/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, juzgado el 26/08/2010, DJe 01/12/2010).

Incluso sobre el tema, el eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho se expresó en el sentido de que "dado que el medio ambiente equilibrado es un interés de toda la comunidad (y también de las generaciones futuras), la evaluación de la existencia o no de un derecho adquirido a cierto nivel de protección ambiental pasa necesariamente por el principio de prohibición de retroceso, con el objetivo de identificar si determinado cambio legislativo es válido desde la perspectiva de la protección ambiental suficiente y adecuada" (REsp N° 1.688.760/SP, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisión Monocrática, 08/10/2019).

En el caso de autos, se observa que el Decreto N° 6961/2009 imponía condiciones y sitios de producción para otorgar financiamiento agrícola a agricultores y plantas. La finalidad de esta legislación, en teoría, es que no haya restricciones para la siembra de cultivos en el país, siendo posible abrir áreas de producción en biomas que han estado protegidos por el poder normativo durante una década y por la alteridad de los biomas durante siglos.

Esto significa decir que la legislación vigente desde 2009 restringía el cultivo de caña de azúcar en áreas de los biomas Amazonas, Pantanal y la Cuenca del Alto Paraguay, tierras indígenas y áreas de protección ambiental, con el objetivo de evitar que la producción de etanol fomentase la deforestación en áreas ambientalmente sensibles. La legislación no era graciosa, ya que el legislador se basó en estudios técnicos y científicos para justificar plenamente la protección, ya que la liberación generalizada de los bosques para plantar caña es un desastre ambiental sin precedentes.

Es el momento adecuado para resaltar que los desastres ambientales causan desordenes naturales concretos, crean la propagación de plagas y virus e impactan en el ambiente global. Este fue exactamente el caso del nuevo coronavirus, que generó la pandemia Covid-19. La ciencia señala que el virus responsable de la pandemia actual tiene como primer portador a los murciélagos y a un mamífero silvestre

que vive principalmente en Asia, llamado pangolim. La falta de control entre ambas especies, colocadas inclusive como alimento para la especie humana, generó el contacto humano con el nuevo coronavirus e impactó a la civilización humana actual, generando muertes masivas, pérdidas económicas y sociales sin precedentes.

De esta manera,liberar los biomas Amazonas, Pantanal y Cuenca del Alto Paraguay, tierras indígenas y las áreas de protección ambiental sin ningún estudio científico de factibilidad es apostar por la certeza de nuevos desastres y plagas ambientales, sometiendo a las personas a genocidios o masacres impredecibles. En este caso, la nueva regla no es compatible con el texto constitucional descripto en esta decisión.

También es importante destacar que la oficina de las Naciones Unidas (ONU) para la reducción del riesgo de desastres advierte que hasta 2015, cerca de 100 millones de personas vieron sus vidas destruidas por desastres. Después de la pandemia, los datos ya superan con creces esas cifras. No existe una razón jurídica, objetiva, científica, fáctica o plausible que justifique la liberación de los biomas para la siembra analizada.

Al mismo tiempo que se verifica que la documentación científica que acompaña a la demanda demuestra evidencias científicas objetivas del posible daño ambiental irreversible causado por el cultivo de la caña de azúcar en el Amazonas sobre la biodiversidad y los servicios que proporciona, con impactos en el suministro de agua y la agricultura en varias regiones del país. Por lo tanto, si prevalece el decreto más reciente, el daño irreversible es evidente e indiscutible.

Por estas razones, en un juicio de conocimiento sumario, el Decreto Presidencial N°. 10.084/2019, del 5 de noviembre de 2019, viola al menos el principio de prohibición de retroceso, en la medida en que reduce la protección del medio ambiente proporcionada por la norma derogada (Decreto N° 6961/2009).

Además, aunque el daño resultante de la expansión de la deforestación causada por el cultivo de la caña de azúcar aún no se define en los registros (lo que merece especial atención, ya que es precisamente el daño irreversible lo que debe evitarse), deben ser observados los principios de precaución (cuando hay dudas sobre el potencial dañino de una acción dada sobre el medio ambiente, se toma la decisión más conservadora, evitando la acción) y la prevención (ya que una vez que se puede predecir cierta actividad nociva, debe evitarse), abogando por el medio ambiente y la salud el principio in dubio pro natura o pro salute.

Por lo tanto, es urgente, oportuno, necesario y justo suspender inmediatamente el acto ahora cuestionado, reanudando los efectos de la norma anterior, al menos hasta que se aclaren las razones técnicas y científicas que motivaron la revocación de la ZEE de la caña de azúcar, así como que el gobierno nacional demuestre plenamente que no habrá retroceso en la protección del medio ambiente, ni riesgo de daños graves e irreversibles.

En virtud de lo expuesto, acepto la cautelar para suspender inmediatamente los efectos del Decreto N° 10.084/2019, del 5 de noviembre de 2019, hasta que el gobierno nacional presente, en hasta 180 —ciento ochenta— días, los estudios técnicos, la viabilidad científica y sin impacto que motivó la nueva legislación y la derogación del anterior, para los biomas involucrados.

Hasta el vencimiento del plazo establecido anteriormente o hasta que se demuestre en el caso (el primero que sea verificado por el Tribunal en el caso) la viabilidad científica no impactante, de naturaleza adecuada y oficial, deben restablecerse los efectos del decreto anterior, por lo que dispongo que el gobierno nacional cumpla con la obligación de hacer consistente en adoptar de inmediato las medidas para restablecer los efectos del decreto N° 6961, del 17 de septiembre de 2009, con respecto a la zonificación agroecológica de la caña de azúcar, inclusive comunicando a las agencias ambientales controladoras de naturaleza federal, estatales y municipales (del Amazonas Legal), para que las actividades de siembra de caña de azúcar no sean autorizadas en la región. Intímeselos con urgencia por los medios más rápidos y seguros. — *Jaiza Maria Pinto Fraxe.*

Evitación de pandemia como fundamento de la no regresión

Guillermo Marchesi (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes.— III. La no regresión en épocas de pandemia.— IV. La tutela preventiva.— V. Estado de derecho ambiental.

I. Introducción

El 20 de abril del año pasado, la jueza Federal Ambiental y Agraria de Amazonia ha resuelto una solicitud de tutela urgente incluida en la acción civil pública **(1)** presentada por el Ministerio Público Fiscal Federal.

La acción intentada tiene por pretensión de fondo suspender los efectos de un decreto presidencial que, entre otras cuestiones, aprueba la nueva zonificación agroecológica de la caña de azúcar.

La resolución judicial tiene interesantes consideraciones vinculadas a cuestiones que van desde el ordenamiento territorial y la aplicación del principio de no regresión hasta un abordaje de la pandemia que está atravesando la humanidad a causa del COVID-19.

Varios aspectos de la resolución serán analizados en este comentario, pero es interesante destacar el tratamiento que al desastre humanitario a causa de la situación por el coronavirus se le asigna.

La estrecha vinculación de esta terrible situación mundial con los desastres ambientales nos hace reflexionar en torno a su origen y las medidas que deberán ser tenidas en cuenta de aquí en adelante para que no sigan ocurriendo.

La crisis actual es el resultado de romper los límites establecidos por la naturaleza, y ello evidencia la importancia de "una visión sistémica y global que permita avanzar hacia un cambio de paradigma" **(2)**.

En este escenario, todos los instrumentos del derecho ambiental y de todas las disciplinas colaboran en la misión, y se ponen de manifiesto en esta decisión.

Resoluciones como la que hoy comentamos son las que marcan el horizonte hacia ese nuevo paradigma, sistémico y con centro en el ambiente.

II. Antecedentes

Como mencionamos en el punto anterior, la resolución judicial se da en el marco de una acción civil pública y con ocasión de resolver una solicitud de tutela urgente formulada por el Ministerio Público Fiscal Federal.

En la demanda se menciona que el decreto presidencial 10.084/2019, del 05/11/2019, derogó el dec. 6961, del 17/09/2009, el cual aprobaba la zonificación agroecológica de la caña de azúcar.

La mencionada derogación del decreto de 2009 que establecía la zonificación de la caña de

(*) Abogado especialista en Derecho Ambiental (UBA). Profesor de Derecho Ambiental del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur de Bahía Blanca y de la Carrera de Especialización en Derecho Ambiental de la UBA. Director ejecutivo de la Fundación Expoterra.

(1) Ação civil pública cível, 7ª Vara Federal Ambiental e Agrária da SJAM, processo 1016202-09.2019.4.01.3200.

(2) LORENZETTI, Ricardo, reflexiones realizadas mediante la plataforma de Instagram Live de la Fundación Expoterra el 01/05/2020, *@expoterra*.

azúcar para el Amazonas y el Pantanal tiende a afectar el bosque y la biodiversidad en proporciones irreversibles, causando el colapso de los servicios de los ecosistemas en el Amazonas.

Por último, se denuncia que cuando se emitió el nuevo decreto, el gobierno no presentó ninguna motivación técnica o incluso política para revocar la norma anterior.

Por todo eso se solicitó: a) la inmediata suspensión de los efectos del decreto presidencial 10.084/2019; b) la abstención del gobierno de emitir un nuevo decreto sobre este objeto, hasta que demuestre, mediante estudios técnicos y científicos, la plausibilidad de la medida en comparación con el deber de proteger el medio ambiente; y c) la adopción, dentro de las cuarenta y ocho [48] horas, de todas las medidas para restablecer los efectos del dec. 6961, del 17/09/2009, vinculados a la zonificación agroecológica de la caña de azúcar.

III. La no regresión en épocas de pandemia

Estamos transitando una época difícil para la humanidad.

La pandemia a partir de la propagación del virus COVID-19 ha desatado escenarios que hasta hace un tiempo solo veíamos en series o leíamos en libros de ciencia ficción o apocalípticos.

Como dice Néstor Cafferatta, se trata de una emergencia sanitaria y epidemiológica a escala mundial, que afecta a todos los países, naciones y Estados del mundo, como nunca antes había ocurrido, aunque las anteriores epidemias, de ébola y SARS, son antecedentes de esta última pandemia **(3)**.

Sin lugar a dudas, la situación a la que arribamos tiene una estrecha vinculación con la naturaleza. Los denominados virus zoonóticos se transmiten de los animales al ser humano, y en ese origen luego vemos cómo todo el sistema se altera.

Es por esto, entre otras cosas, que observamos vinculaciones con el derecho ambiental, y a partir del él intentamos dar algunas explicaciones o respuestas.

Permítanme decir también que observo más vinculaciones entre la pandemia y la alteración de algunos instrumentos de gestión ambiental, que con el derecho ambiental en sí mismo.

Pienso en el COVID-19 como una cuestión de salud pública, en la que, a partir de todas las alteraciones que se generan, muchas impactan de manera directa en aspectos que el derecho ambiental regula.

En ese orden de cosas, veo alteraciones en la manera en que se gestionan los residuos patogénicos, por ejemplo; en la imposibilidad de cumplir de la manera en que se venía llevando adelante todos los procesos de audiencias públicas por cuestiones ambientales, y veo también una necesidad de adaptar muchas de las normas que integran el "núcleo duro" del derecho ambiental a nuevos parámetros o estándares, entre varias modificaciones que se producen como consecuencia de las medidas que necesariamente se deben adoptar para luchar contra el "enemigo invisible".

Lo mencionado pone de manifiesto que "…no debe perderse de vista que los derechos ambientales aquí invocados se interrelacionan intrínsecamente con el derecho a la salud que también se pretende proteger. Al respecto vale recordar que, la afectación del derecho a la salud tiene un efecto generalizado pues potencialmente inciden sobre todos los que se encuentran en la misma situación (y en este caso) no reviste el carácter de derecho subjetivo, sino que se encuentra comprendido dentro de la categoría de derechos colectivos, en los términos del art. 43, 2º párr., de la CN…" **(4)**.

La resolución de la justicia brasileña, además, determina el funcionamiento del principio de no regresión dentro del esquema de excepcionalidad establecido por esta "nueva normalidad".

(3) CAFFERATTA, Néstor A., "Prédica del derecho ambiental en la lucha contra el coronavirus".

(4) JCont. Adm. y Trib. Nº 12 CABA, 07/04/2020, "R., L. D. y otros c. GCBA s/ medida cautelar autónoma", LL AR/JUR/8694/2020.

En el caso concreto, se estima la necesidad de aplicar el mencionado instituto, el que se define, en palabras de Antonio Herman Benjamín, "como un principio general del derecho ambiental, que debe ser invocado para evaluar la legitimidad de las iniciativas legislativas destinadas a reducir el nivel de protección legal del medio ambiente, especialmente en lo que afecta en particular a: a) procesos ecológicos esenciales, b) ecosistemas frágiles o con riesgo de colapso y c) especies en peligro de extinción".

Desde su origen, la no regresión ambiental surge como una pauta para impedir que en años de crisis económica se tienda a pensar, como primer mecanismo para afrontar la falta de crecimiento, la limitación o anulación de normas de protección del ambiente abrazadas en épocas de bonanza **(5)**.

Agregaría a esta conceptualización que no solo se utiliza en años de crisis económicas, sino también ante situaciones como las que vivimos, que alteran el orden de las cosas.

En el caso concreto resuelto, significa decir que "...la legislación vigente desde 2009 restringía el cultivo de caña de azúcar en áreas de los biomas Amazonas, Pantanal y la Cuenca del Alto Paraguay, tierras indígenas y áreas de protección ambiental, con el objetivo de evitar que la producción de etanol fomentase la deforestación en áreas ambientalmente sensibles. La legislación no era graciosa, ya que el legislador se basó en estudios técnicos y científicos para justificar plenamente la protección, ya que la liberación generalizada de los bosques para plantar caña es un desastre ambiental sin precedentes..." (volveremos más adelante a esta mención).

Y se formula una vinculación absolutamente adecuada entre el virus y sus consecuencias en las medidas de protección ambiental, invocando el principio enunciado, siendo quizás una de las primeras resoluciones de resguardo de los recursos naturales y el ambiente que encuentra parte de su basamento en la pandemia.

La jueza federal de Amazonia dispone que "...es el momento adecuado para resaltar que los desastres ambientales causan desórdenes naturales concretos, crean la propagación de plagas y virus e impactan en el ambiente global. Este fue exactamente el caso del nuevo coronavirus, que generó la pandemia COVID-19. La ciencia señala que el virus responsable de la pandemia actual tiene como primer portador a los murciélagos y a un mamífero silvestre que vive principalmente en Asia, llamado pangolín. La falta de control entre ambas especies, colocadas inclusive como alimento para la especie humana, generó el contacto humano con el nuevo coronavirus e impactó a la civilización humana actual, generando muertes masivas, pérdidas económicas y sociales sin precedentes...".

En definitiva, se trata en la especie de la protección de un ambiente sano y su intrínseca relación con el derecho a la salud, no solo individual, sino pública; resultando en definitiva que lo que aquí se tiene que resguardar es un derecho colectivo, por cuanto se tiende a proteger al ambiente y a la salud, ambos en su faz general, y su directa relación con el bien público **(6)**.

IV. La tutela preventiva

La resolución que comentamos se enmarca en el tipo de decisiones que tienen por objeto el daño todavía no provocado pero que podría ser posteriormente causado si la actividad prosiguiera, o que actúan después de que el daño ha empezado a ocasionarse, para combatirlo obstaculizando su producción, atacándolo en su causa, en su raíz **(7)**.

La jurisprudencia de nuestro país ha sido pacífica en torno a que la *tutela preventiva* no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo acerca de su verosimilitud (art. 230, inc. 1º, Cód. Proc. Civ. y Com.; doctr. causa I. 71446, "Fundación Biosfera", res. de 24/05/2011, entre otras), pues el instituto cautelar atiende a aquello que no excede

(5) ESAIN, José A., "Progresividad, gradualidad, no regresión y derecho humano fundamental al ambiente", RDAmb, Ed. AbeledoPerrot, 2013, AP AP/DOC/3018/2013.

(6) JCont. Adm. y Trib. Nº 12 CABA, 07/04/2020, "R., L. D. y otros c. GCBA s/ medida cautelar autónoma", LL AR/JUR/8694/2020.

(7) CAFFERATTA, Néstor A., "Daño ambiental. Jurisprudencia", LA LEY 2003-D, 1339.

del marco de lo probable (doctr. causas I. 73986, "Cámara de Concesionarios de Playa del Partido de Villa Gesell", res. de 22/12/2015, entre otras); ha acogido solicitudes suspensivas en casos en que el cumplimiento de la norma impugnada podía generar un perjuicio grave para el derecho o interés invocado (doctr. causas I. 68183, "Del Potro", res. de 04/05/2005, entre otras) y, por cierto, cuando de la apreciación de las circunstancias se advierte que el planteo formulado por quien objeta la constitucionalidad de la norma posee una seria y consistente apariencia de buen derecho (doctr. causa I. 74061, "Romay" y sus citas) **(8)**.

La prevención ha sido definida en nuestra legislación nacional determinando que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir **(9)**.

En este caso nos encontramos en ese plano de la actuación, el de la prevención, que difiere de la precaución: en el primero se actúa frente a una amenaza cierta, pero, si no se prueba esa certidumbre, no se actúa. En cambio, en la precaución se toman medidas aun frente a una amenaza incierta **(10)**.

Para la magistrada federal, la resolución se enmarca dentro de los eventuales daños que efectivamente se iban a producir, y arriba a esta conclusión apoyada en los múltiples estudios científicos que fueron acompañados con la demanda, y que forman parte de la insoslayable actividad que debe desarrollar el Ministerio Público Fiscal en su actuación.

"...Se verifica que la documentación científica que acompaña a la demanda demuestra evidencias científicas objetivas del posible daño ambiental irreversible causado por el cultivo de la caña de azúcar en el Amazonas sobre la biodiversidad y los servicios que proporciona, con impactos en el suministro de agua y la agricultura en varias regiones del país. Por lo tanto, si prevalece el decreto más reciente, el daño irreversible es evidente e indiscutible...".

Pero, además, forma su criterio teniendo a la vista los elementos que fueron utilizados en uno y otro caso para motivar la decisión del dictado de los decretos en crisis.

La motivación del acto administrativo tiene por objeto exteriorizar el *iter* psicológico que ha inducido al titular del órgano a emitir el acto, de forma tal que haga posible conocer los momentos fundamentales del razonamiento. Para poder apreciar en qué medida un acto es conforme al fin que para él quiere el ordenamiento jurídico, es necesaria una fundamentación precisa y clara, que exprese las razones específicas que en el caso particular inducen a la Administración a la emanación de un determinado acto **(11)**.

En este caso, la motivación fue resaltada para darle el correcto valor al decreto que se pretendía derogar, resaltando que la "...legislación no era graciosa, ya que el legislador se basó en estudios técnicos y científicos para justificar plenamente la protección, ya que la liberación generalizada de los bosques para plantar caña es un desastre ambiental sin precedentes...".

De esta manera, liberar los biomas Amazonas, Pantanal y Cuenca del Alto Paraguay, tierras indígenas y las áreas de protección ambiental sin ningún estudio científico de factibilidad es apostar por la certeza de nuevos desastres y plagas ambientales, sometiendo a las personas a genocidios o masacres impredecibles. En este caso, la nueva regla no es compatible con el texto constitucional descripto en esta decisión.

V. Estado de derecho ambiental

Dos aspectos muy trabajados, tanto en el ámbito del derecho constitucional como en el derecho administrativo, como lo son la supremacía constitucional y el efectivo control de la actividad administrativa, son en esta resolución des-

(8) TOLEDO RÍOS, Rafael, "Actualidad en jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires", LL AR/DOC/4029/2019.

(9) Ley 25.675 General del Ambiente argentina, art. 4º.

(10) LORENZETTI, Ricardo — LORENZETTI, Pablo, "Derecho ambiental", Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 156.

(11) COVIELLO, Pedro J. J., "La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales", p. 152, disponible en *http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-coviello-motivacion.pdf.*

tacados como elementos componentes de la actividad regresiva que se quiere evitar.

Cuando la Constitución establece reglas respecto a las fuentes, esto en realidad comporta un condicionamiento de toda creación de derecho a ella. Estarán formando parte del ordenamiento jurídico entonces solo las normas que material y formalmente sean acordes con los preceptos magnos. Esto implica que la Constitución será condicionamiento negativo —en cuanto excluye la posibilidad de que formen parte del ordenamiento jurídico normas que la contradigan— y positivo —estableciendo una disciplina constitucional de las fuentes al determinar cuáles son los actos normativos y cuál la relación entre ellos **(12)**—.

Luego, desde el ámbito del control de la actividad administrativa, que en el caso en comentario es lo que efectivamente se establece, entre otras cosas, con la resolución que dispone la no aplicabilidad de un decreto presidencial, debemos decir que este tipo de actos reglamentarios generales se pueden impugnar o anular aun cuando no hayan contravenido una norma jurídica positiva, pero sean arbitrarios, desviados, de mala fe, etcétera **(13)**.

Un antiguo fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación refuerza la idea en el sentido de que "...[l]as disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos..." **(14)**.

Estas consideraciones expuestas encuentran una lúcida exposición en la resolución comentada, estableciendo que "el texto constitucional, en la protección del medio ambiente, se organiza (...) en torno de 'núcleos legales duros' bien identificados y precisados ('centro primordial', 'punto esencial' o 'zona de prohibición reduccionista'), que rechazan ser ignorados o infringidos por el legislador, administrador o juez, auténticos imperativos jurídico-ambientales mínimos: los deberes de preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales, preservar la diversidad e integridad del patrimonio genético del país, proteger la fauna y la flora y evitar prácticas que pongan en riesgo su función ecológica o causen la extinción de especies (art. 225, § 1º, I, II y VII)".

Un Estado de derecho constitucional implica afirmar que rige el principio de la decisión mayoritaria con el límite de los derechos fundamentales. La mayor garantía que se puede otorgar a estos derechos es que no sean derogados por el mercado o por las mayorías.

Ello debe ser entendido como una garantía de contenido mínimo. Si no fuera así, directamente no funcionaría la democracia, porque los derechos ya estarían previamente adjudicados por los técnicos o por jueces sin debate alguno en la sociedad, satisfaciendo a unos con exclusión de otros.

Este principio, aplicable a las cuestiones ambientales, tiene una gran relevancia. En numerosas Constituciones existe el derecho a un ambiente sano, o el derecho a la vida, y también se alude al derecho fundamental al agua potable **(15)**.

Así fue determinado en la resolución que comentamos.

En el ámbito de este "centro primordial", "punto esencial", "núcleo duro" o "zona de prohibición reduccionista", el diseño legal infraconstitucional, una vez receptado por la Constitución, se fusiona con ella; de ahí la imposibilidad de anularlo o de aflojarlo de manera sustancial, sin comprometer, sin lugar a dudas, que se dañe o mutile el contenido mismo de la norma superior. Es el fenómeno del rechazo de las normas infraconstitucionales, que, sin interés de garantizar la máxima efectividad de los derechos constitucionales fundamentales, no son tímidas y se apresuran a negarles la eficacia mínima.

(12) ESAIN, José A., "Competencias ambientales", Ed. AbeledoPerrot, p. 129.

(13) GORDILLO, Agustín, "Derecho administrativo", cap. III, p. 113, disponible en *https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo03.pdf.*

(14) CS, 1922, "Salazar de Campo", Fallos 137: 254.

(15) LORENZETTI, Ricardo — LORENZETTI, Pablo, "Derecho ambiental", ob. cit.

Por ello, calificar jurídicamente a determinados derechos ambientales como fundamentales produce dos tipos de efectos:

a) Declaración de inconstitucionalidad de leyes que los afecten gravemente.

b) Pretensiones positivas de satisfacción del contenido mínimo del derecho, como ocurre con el acceso al agua potable **(16)**.

Todo lo hasta aquí expuesto conforma el Estado de derecho ambiental, que encuentra en la no regresión un instrumento fundamental para su respeto y vigencia.

Se establece como una suposición de la prohibición del retroceso que los mandamientos constitucionales "se cumplan mediante normas infraconstitucionales", lo que da como resultado que la principal medida que se puede exigir al Poder Judicial es que invalide la revocación de normas, especialmente cuando dicha revocación se produce sin el acompañamiento de una política sustitutiva o equivalente, es decir, deja un vacío en su lugar, a saber, el legislador vacía el mandato constitucional, como si dispusiera directamente contra de él.

Por todo esto es que el principio de la prohibición de retroceso se califica como una "garantía de que los avances urbanístico-ambientales logrados en el pasado no serán diluidos, destruidos o negados por la generación actual o por las siguientes" (REsp 302.906/SP, Rel. ministro Herman Benjamín, Segunda Turma, juzgado el 26/08/2010, DJe 01/12/2010).

(16) *Idem.*

THOMSON REUTERS®

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

IILPM INTERNATIONAL INSTITUTE OF LEGAL PROJECT MANAGEMENT

LEGAL MANAGEMENT PROGRAM LATAM

CUARTA VERSIÓN 2021

Comienzo:
16 de marzo de 2021

Modalidad ***online***

La Abogacía no es lo que era hace solo cinco años atrás, y contar con conocimientos puramente legales ya no es suficiente.

Participá del **LEGAL MANAGEMENT PROGRAM (LMP)** para comprender los cambios del mercado legal y adquirir las herramientas para lograr una gestión estratégica y más eficiente.

El Programa te permitirá:

- Elevar tu perfil profesional incorporando conocimientos complementarios.
- Fortalecer el *networking* a nivel Latam.

IILPM CERTIFIED LPP Legal Project Practitioner™

Incluye **Certificación LPP**

Conocé más e inscribite.

Beneficio clientes Thomson Reuters
10% de descuento

THOMSON REUTERS®