RD Amb

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:
NÉSTOR A. CAFFERATTA

Abril - Junio 2021 | 66

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 1ra. quincena de junio 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

Abril - Junio 2021 | 66

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

PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL

Los principios del Convenio de Escazú
Néstor A. Cafferatta 3

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Justicia hídrica ambiental. Doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia
Alicia Morales Lamberti 27

DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO
Protección del ambiente con medidas cautelares. Cuenca hídrica afectada por un pozo de petróleo abandonado. Preservación del medio ambiente. Competencia originaria de la Corte Suprema.... 43

La Corte Suprema ratifica el paradigma ambiental como método para la tutela efectiva de los bienes colectivos
Pablo Lorenzetti 60

DAÑO AMBIENTAL

Comentario sobre la Comunicación de la Comisión Europea respecto de las directrices por las que se proporciona un concepto común del término "daño medioambiental" (2021/C 118/01)
Carlos Aníbal Rodríguez 79

DERECHO PRIVADO AMBIENTAL

El camino de sirga: discusiones acerca de su finalidad y críticas a las reformas introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación
Florencia Rodríguez Nasuti 93

DERECHO SUSTENTABLE Y DERECHO A LA SALUD

Los ODS y la pandemia COVID-19
Rosa I. Torres Fernández 107

TECNOLOGÍA Y AMBIENTE

La formación ambiental mediada por el uso de las tecnologías de la informática y de las comunicaciones en tiempos de COVID-19
Alcides F. Antúnez Sánchez - Rosa María Álvarez Valerino 113

GÉNERO Y AMBIENTE

La perspectiva de género y la cuestión ambiental: dos temáticas transversales y sistémicas
Daniela B. Velazquez 131

ECONOMÍA Y MEDIO AMBIENTE

Desarrollo sustentable desde la economía ambiental
Carla R. Casalongue 143

Desarrollo sostenible y economía circular. Un estudio desde la responsabilidad social empresarial
Alcides F. Antúnez Sánchez - Eduardo Díaz Ocampo - Nosdalys Castillo Fuentes 159

INSTRUMENTOS DE GESTIÓN Y POLÍTICA

El superior interés del niño como principio transversal a la gestión ambiental. Algunas reflexiones sobre la provincia de Salta
María Elisa Rosa 179

DERECHO PENAL AMBIENTAL

El maltrato animal en la producción de alimentos. Análisis jurídico-penal
Leaned Matos Hidalgo - Roisbel Aroche Ginarte - Alcides F. Antúnez Sánchez 191

DERECHO PROCESAL AMBIENTAL

El *amicus curiae* y otras herramientas de participación ciudadana en materia ambiental en Río Negro: obstáculos y desafíos
Juan Ernesto Montecino Odarda 221

RECURSOS NATURALES

El derecho de naturaleza ambiental, la naturaleza del ambiente y la construcción social del ambiente
Mario Aníbal Burgos - Daniel E. Denmon 251

CASOS COMPLEJOS

Justicia ambiental en clave no antropocéntrica. Ríos, montañas, animales y otros sujetos de derecho
María Elisa Rosa 259

DERECHO URBANÍSTICO AMBIENTAL

Ordenamiento territorial y horizonte urbano-ambiental
Tomas Vasser 267

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 283

AMPARO AMBIENTAL
Emprendimiento inmobiliario. Permiso de edificación. Uso de oficinas en áreas residenciales. Renovación urbana. Vertido de efluentes. Falta de realización de la evaluación del impacto ambiental. Medida cautelar. Paralización de obra. Solicitud de levantamiento. Rechazo 284

Avance en el derecho argentino en la aplicación de los principios del derecho ambiental. Comentario sobre dos recientes fallos del Poder Judicial de la provincia de Córdoba
Jorge A. Franza 286

ACTUALIDAD AMBIENTAL DEL LITORAL

EXPLOTACIÓN FORESTAL
Despacho de una medida anticautelar contra cualquier resolución judicial o de otra índole que altere o restrinja la ejecución de permisos otorgados en materia forestal en la provincia del Chaco. Notas periodísticas publicadas en la web. Ausencia de notificación formal. Seguridad jurídica y paz social 295

ACTIVIDAD FORESTAL
Dictado de una medida anticautelar. Requisitos para su dictado. Existencia de medidas cautelares dictadas sobre las mismas situaciones fácticas. Revocación 299

El triste derrotero de una antisentencia ambiental
Leonardo Villafañe 306

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

La minería urbana. Un análisis desde el ordenamiento jurídico en Cuba. Una apuesta al desarrollo sostenible desde la economía circular
Alcides F. Antúnez Sánchez - Ilianys Matos Guerra 315

Jurisprudencia en batalla contra el cambio climático: Países Bajos, Pakistán e Irlanda
Santiago Carlos Perramón - Fernanda Elizabeth Valenzuela 332

PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL

Los principios del Convenio de Escazú

Néstor A. Cafferatta (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Principios de derecho ambiental.— III. Principios de igualdad y de prohibición de discriminación.— IV. Principio de transparencia y principio de rendición de cuentas.— V. Principio de progresividad y no regresión.— VI. Principio de buena fe.— VII. Principio de prevención.— VIII. Principio de precaución.— IX. Principio de equidad intergeneracional.— X. Principio de máxima publicidad.— XI. Principio de soberanía.— XII. El "principio 21" de la Declaración de Estocolmo.— XIII. Principio de igualdad soberana.— XIV. Principio *pro persona*.

I. Introducción

El 5 de noviembre de 2020, el Congreso Mundial de la Naturaleza de la UICN 2020, en su sesión de Marsella, exhortó a los Estados de América Latina y el Caribe a suscribir y ratificar el Acuerdo de Escazú.

En el ámbito regional de los países de Latinoamérica y el Caribe, se encuentra en proceso de ratificación el Acuerdo regional sobre el Acceso a la Información Pública y Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018.

La Argentina, por ley 27.566 del 19/10/2020, aprobó el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, celebrado en la ciudad de Escazú, República de Costa Rica, del 04/03/2018. Dicho instrumento, de enorme relevancia, cuenta actualmente con 24 firmas y 9 ratificaciones (Argentina, es el 10º país en aprobarlo) y deberá ser ratificado por 11 países, para entrar en vigor **(1)**.

El Acuerdo de Escazú tiene como finalidad, de manera amplia, efectivizar el "triple acceso", a la información, participación y justicia ambiental, según claramente lo determina el art. 1º: "El objetivo del presente Acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia ambiental, así como la creación y fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generacio-

(*) 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) El Acuerdo Regional se abrió a la firma de los 33 países de América Latina y el Caribe el 27 de septiembre de 2018 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, coincidiendo con el Debate General Anual de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El período para la firma del Acuerdo de Escazú cerró el 26 de septiembre de 2020, según estipula el artículo 21 del tratado. No obstante, la firma del Acuerdo de Escazú seguirá siendo posible en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Aquellos países de América Latina y el Caribe, que ratifiquen el Acuerdo, podrán realizar las gestiones pertinentes a través de su Misión Permanente ante las Naciones Unidas emitiendo los plenos poderes correspondientes.

nes presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible".

"Escazú" **(2)** es el primer acuerdo jurídicamente vinculante para los países de América Latina y el Caribe, fruto de la "Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible" de 2012 (Río + 20) y constituye, "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" **(3)**.

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018, presenta además otras notables singularidades: 1) es el primer tratado regional de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe); y 2) se negoció entre los Estados **(4)**, con la participación relevante de la sociedad civil y del público en general.

En ese sentido, destacando la importancia de este, se ha dicho que este acuerdo regional "es un instrumento pionero en materia de protección ambiental, pero también es un tratado de derechos humanos. Sus principales beneficiarios son la población de nuestra región, en particular los grupos y comunidades más vulnerables. Su objetivo es garantizar el derecho de todas las personas a tener acceso a la información de manera oportuna y adecuada, a participar de manera significativa en las decisiones que afectan sus vidas y sus entornos y a acceder a la justicia cuando estos derechos hayan sido vulnerados. En el tratado se reconocen los derechos a todas las personas, se proporcionan medidas para facilitar su ejercicio y, lo que es más importante, se establecen los mecanismos para llevarlos a efecto".

Abierto a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, a partir del 27 de septiembre de 2018 al 26 de septiembre de 2020, el Acuerdo comprende, en suma, 33 países de América Latina y el Caribe, no solo del continente sino también entre ellos, numerosas naciones insulares.

El Acuerdo está sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados que lo hayan firmado, y entrará en vigor del nonagésimo día contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el undécimo instrumento de ratificación.

Implementa el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, en cuanto garantiza el triple acceso efectivo: a la información pública ambiental, la participación ciudadana en el proceso de adopción de las decisiones ambientales, y el acceso a la justicia ambiental.

El Acuerdo de Escazú establece desde el punto de vista multilateral, "estándares regionales", promueve la creación de capacidades (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.

II. Principios de derecho ambiental

Es importante señalar que este Acuerdo contiene principios de derecho ambiental, que constituyen "guías de conducta", nos señalan un camino, un sendero, que se debe seguir (Zagrebelsky). Que dichos principios son normas jurídicas *prima facie* (Betti), en "estado germinal" (Lorenzetti), mandatos de optimización que hay que cumplirlos en la medida de lo posible (Alexy).

En estado de tensión son "normas derrotables" (Prieto Sanchiz), de estructura abierta, maleable, plásticos, o flexibles, contienen conceptos jurídicos indeterminados (García de En-

(2) GÓMEZ, Antonio, "Derecho ambiental y el Acuerdo de Escazú", LA LEY, 12/10/2018, p. 1.

(3) 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, Naciones Unidas, CEPAL, publicación "70 CEPAL por un desarrollo sostenible con igualdad", prólogo de António Guterres, Secretario General de las Naciones Unidas, y prefacio de Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

(4) Se negoció a lo largo de dos años y de nueve intensas reuniones de su "Comité de Negociación", liderados por Chile, Costa Rica en su calidad de copresidentes, y por cinco integrantes de la Mesa Directiva, compuesta por Argentina, México, Perú, San Vicente, las Granadinas, y Trinidad y Tobago.

terría), poseen "peso o importancia" (Dworkin). Los valores, en cambio, son las metas o los fines del ordenamiento (Zagrebelsky). Cumplen múltiples funciones: fundantes, de evocación, delimitativas (Lorenzetti), informan el sistema, sirven para recrear normas obsoletas, actúan como filtros o vallas de contención, sostienen la pureza del sistema, tienen una "función defensiva", logrando la homogeneidad de base, a la par que son invasores. Son claves en la determinación de la identidad de la especialidad. En el fondo constituyen el ADN de la materia.

Tienen "poder de irradiación" o "impregnación".

Con la irrupción del neoconstitucionalismo, el surgimiento de los nuevos derechos, y el derecho privado constitucional, se registra un fenómeno de ascenso de los principios y valores jurídicos. Prueba de ellos, se advierte que las últimas leyes marco, de base u orgánicas de la región, contienen principios de derecho ambiental, como por ejemplo, la ley 25.675 General del Ambiente de Argentina, la ley 28.611 General del Ambiente del Perú, la ley 64/2000 sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales de República Dominicana, la ley 17.283 General de Protección ambiental de la República Oriental del Uruguay, Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien (ley 300/2012) del Estado Plurinacional de Bolivia. Que muchas de las sentencias de los TSJ de la región están cargadas de principios y valores jurídicos ambientales. El juicio de ponderación y el método de diálogo de fuentes, contribuye a darle mayor importancia a los principios de derecho ambiental, en la construcción de la decisión judicial. Por ejemplo, los fallos de la Corte de México, Brasil, Argentina, Ecuador, Colombia, Perú, vemos la aplicación de estos principios.

El Acuerdo de Escazú es un instrumento internacional que expresa una simbiosis, "un círculo virtuoso" (STICCA) del derecho ambiental con el derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, no extraña que los principios que declara provengan de ambas disciplinas jurídicas, que se integran en la lucha por el medio ambiente.

Vamos a ensayar una breve explicación de estos.

III. Principios de igualdad y de prohibición de discriminación

Estos dos principios están indisolublemente unidos.

Todos los seres humanos nacen iguales en dignidad (art. 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos). La noción de dignidad se desprende de la unidad de naturaleza del género humano (CIDH). Este principio se lo considera una norma imperativa, que pertenece al *ius cogens* del derecho internacional de los derechos humanos. La podemos recoger de la D. Americana de DDHH (art. II), D. Universal DDHH (arts. 1°, 2° y 7°), PIDESC (art. 2.2), PIDCP (arts. 2.1 y 26), C. Am. DH (arts. 11 y 24), CD Niño, C. Genocidio, C. Mujer, C. D Racial. El principio de igualdad en la Constitución Nacional tiene como base los arts. 16 (igualdad ante la ley, formal, de derecho o de jure), el art. 43 (derechos de incidencia colectiva, contra la discriminación social, y 75, inc. 23 (igualdad sustancial, de hecho, real de oportunidades y de trato, mediante la adopción de medidas positivas).

El derecho ambiental es un derecho tuitivo, protectorio, que iguala desiguales. De allí la importancia de estos principios.

IV. Principio de transparencia y principio de rendición de cuentas

Se ha dicho que la independencia, la rendición de cuentas y la transparencia son las condiciones previas de una democracia basada en el estado de derecho.

Rendición de cuentas y transparencia son dos elementos importantes para una buena gobernanza ambiental, porque hacen a la credibilidad y confiabilidad de los proyectos, programas y acciones. La noción de transparencia se refiere a la información pública, de manera oportuna, fidedigna, clara, accesible y pertinente sobre la gestión ambiental.

Rendir cuentas públicas es una obligación frente a la colectividad. Una oportunidad para retroalimentación con otros actores sociales e institucionales. Un comportamiento, una actitud abierta, socializadora, para explicar logros y las dificultades. Un espacio de diálogo cons-

tructivo. Un espacio para explicar, argumentar y hacer un balance.

Siendo el derecho ambiental por naturaleza, un derecho esencialmente "transparente", democrático, con fuerte anclaje en la información pública ambiental, y participativo, reflejo de la "vuelta de la comunidad al ágora", la plaza de las polis griegas, donde el pueblo se reúne para discutir las cuestiones de interés general (Morello), estos son principios básicos.

V. Principio de progresividad y no regresión

Reproduzco lo que desarrollamos con Enrique Peretti, Desafíos de Derecho Ambiental. La solidaridad y la sustentabilidad como pilares del derecho ambiental, Rubinzal-Culzoni. Editores, 2019.

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 que se sustenta el principio. La idea de que, una vez que un derecho humano ha sido reconocido, este no puede ser coartado, destruido ni derogado es común a todos los principales instrumentos internacionales de derechos humanos **(5)**. 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 ve 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 París es explícito a este respecto y dispone, en su art. 4°, párrafo 3, que cada contribución determinada a nivel nacional sucesiva "representará una progresión con respecto a la contribución determinada a nivel nacional que esté vigente para esa Parte y reflejará la mayor ambición posible de dicha Parte" (Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, del 30 de noviembre de 2018, "Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente").

En su art. 4°, la ley 25.675 General del Ambiente consagra el principio de progresividad, conforme la siguiente enunciación: "Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectada en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos".

José Esaín apunta que el principio de progresividad presenta dos caras de la misma moneda. "Por un lado, la progresividad, que implica la obligación de adoptar soluciones *graduales*, y dejar de lado cortes drásticos en favor de la protección del entorno. Hemos visto que la protección del ambiente tiene como contrapartida la limitación de derechos individuales, y ella puede comportar una restricción de derechos individuales. La progresividad evita soluciones extremas que comporten la anulación del derecho individual" **(6)**.

(5) Véase, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 30.

(6) ESAIN, José A., "El principio de progresividad en materia ambiental", JA 2007-IV-11, fasc. 2. Para ampliar véase, del mismo autor, "Progresividad, gradualidad, no regresión y el derecho humano fundamental al ambiente", RDA 35, p. 1, Abeledo Perrot. Para ampliar véase, PRIEUR, Michel, El nuevo principio de "no regresión" en derecho ambiental, publicación de investidura de grado de doctor en honoris causa. Prosas Universitarias de Zaragoza, 21 de junio de 2010. CAFFERATTA, Néstor A., "Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la Ley 25675 General del Ambiente", RDA 31, p. 1, Abeledo Perrot. FALBO, Aníbal, "El principio de progresividad en una medida cautelar urbano ambiental", RDA 28, p. 259, Abeledo Perrot. GIACOSA, Natalia - LLORET, Juan S., "El principio de progresividad y los horizontes de su aplicación", JA, 2011-IV, fascículo n. 13, p. 36. PRIEUR, Michel, "Adoptar el principio de no regresión del derecho ambiental global: un desafío central para Rio + 20 ", Equipo de Investigación ECOS Sud- MINCYT, LL Supl. de Derecho Ambiental, FARN, 23 de mayo de 2012, Año XIX 1, p. 6. PRIEUR, Michel - BERROS, Valeria - MONÉDIARIE, Gerard - KROLIK, C.- MAKOWIAC, J.- DELZANGLES, H.- SOZZO, Gonzalo - SBRESSO, Luciana - BIANCHI, Lorena: "El principio de no regresión en Río + 20", RDA 32, p. 39, Abeledo Perrot.- SOZZO, Gonzalo: "El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la Conferencia de Río + 20", JA, 2011-IV, fascículo n. 13, p. 58. BERROS, Valeria M., "Construyendo el principio de no regresión en el derecho argentino", JA, 2011-IV, fascículo n. 13, p. 4. BIANCHI, Lorena: "El principio de no regresión ambiental en la República. Algunas aproximaciones sobre su funcionamiento", p. 151, p. 83, en

Por el otro, señala este destacado constitucionalista, "como pauta de interpretación y operatividad de un derecho fundamental, la progresividad implica que el esfuerzo hecho por el Estado en cuanto a la protección del ambiente no puede disminuir, sino que debe ser cada vez mayor, sobre todo a la sazón de las reglas derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos" (art. 2.1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC], que conforma el bloque de constitucionalidad luego de la reforma de 1994, art. 75, inc. 22, CN).

En consecuencia, del esquema dual indicado, "en la primera de las visiones estaremos ante una noción conservadora, con menos tendencia a la igualdad que en la segunda". Y expresa: "Si se prioriza la protección a derechos individuales, imponiendo restricciones a la nueva facultad de policía ambiental que hoy posee el Estado, estamos ante un principio que se mostrará con base conservadora; pues se retrasa el desembarco del nuevo modelo colectivo de la sustentabilidad". Y concluye, "pero hoy, además de la primera versión de progresividad se impone pensar también en su contracara, un punto de vista más igualitario, que indica que el Estado no puede disminuir su esfuerzo protector".

Víctor Abramovich y Christian Courtis **(7)** entienden que "la consagración constitucional de la prohibición de *regresividad* producida por la asignación de jerarquía constitucional al PIDESC, a partir de la reforma de 1994, ha agregado un nuevo criterio al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos cuando se examina judicialmente la adopción de normas que reglamentan derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, la obligación de no regresividad implica un control 'agravado' del debido proceso sustantivo".

Es que "evidentemente, un mismo derecho puede ser pasible de varias reglamentaciones razonables, de modo que el principio de razonabilidad excluía las reglamentaciones irrazonables, pero permitía que el legislador o el Poder Ejecutivo escogieran dentro de las opciones razonables, la más conveniente de acuerdo con su apreciación política. La obligación de no regresividad agrega a las limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal o histórica: aun siendo racional, la legislación no puede empeorar la situación de la reglamentación del derecho vigente, desde el punto de vista del alcance y amplitud.

"Ahora bien, ¿cuándo puede afirmarse que una norma reglamenta o implementa un derecho social es regresiva respecto de otra? Lo será en principio, partiendo de la definición del art. 2° del PIDESC, cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esta norma. Esto es, cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social o le imponga condiciones que con anterioridad no debía sortearse. En definitiva, el juicio que el impugnante deberá proponer es de tipo comparativo, debiendo poner en evidencia de modo concreto y categórico que la norma impugnada es menos favorable para el titular del derecho que la sustituida". Y en el afán de fijar criterios para determinar la regresividad, postulan recurrir por analogía a los parámetros de comparación que se emplean en el derecho laboral, en especial, los criterios de acumulación (que lleva

Derecho Ambiental. Dimensión Social, Rubinzal Culzoni, 2015. MARTÍNEZ PRECIADO - CHERUSE, Florencia, "Los principios de progresividad y no regresión en materia ambiental: diferentes enfoques doctrinarios y su recepción jurisprudencia en el ámbito de nuestro país", RDA 49-23. PEÑA CHACÓN, Mario, "El ABC del principio de progresividad del derecho ambiental", RDA 54- 11, abril/ junio 2018. También puede verse, PEÑA CHACÓN, MARIO (Editor), EL principio de no regresión en Iberoamérica, publicado por UICN, 2016, https://portals.iucn.org/library/sites/documents/EPLP-084.pdf. Del mismo autor: "El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense", disponible en http://buscom.rae.es/drael/. GATICA, Sofía: "Principio de no regresión. De la caída de la idea de progreso al deber de progresividad", publicada en el Dial.com, el 03/03/2016. BALLESTY, Kevin G., "La progresividad y no regresión económica, social y cultural. Las dos caras de un mismo problema", RDA 49-93. DE ARAUJO AYALA, Patryck, "Direito fundmental ao ambiente e a prohibicao de regresso nos niveis de protecao ambientl na constitucao brasileira", en RDA 30, 2012, p. 35. FERRARESI, Priscila, "Proibicao do retrocesso e desenvolvimento sustentavel, editora Fuiza", Sao Paulo, 2010. Más reciente, la obra de LORENZETTI, Ricardo - LORENZETTI, Pablo: "Derecho Ambiental", Rubinzal-Culzoni, 2018, ps. 129-136.

(7) ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian, "Los derechos sociales como derechos exigibles", Trotta, Madrid, 2004, p. 96.

a la comparación de normas aisladas, alejadas del contexto sistemático en las que se insertan) y *conglobamiento* (de consideración completa del sistema establecido por la norma).

En esta tesitura, los autores de referencia afirman que en la materia rige la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual "la prueba de que una norma es regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta". Y más adelante sostienen, en resumen: "La verificación del carácter regresivo de la norma conlleva, de antemano, una presunción de ilegitimidad de la medida, y conduce a la necesidad de realizar un escrutinio estricto (*strict scrutiny*) o un severo control de razonabilidad y legitimidad de la medida y del propósito de la norma, quedando a cargo del Estado, la prueba de su justificación. En caso de duda habrá de estarse contra la validez de la norma regresiva".

Aclaran, en cuanto al criterio denominado escrutinio estricto, que la carga de la administración es alta y, en caso de duda, el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad; siendo este estándar o patrón de juicio, aplicable ante las denominadas, por la doctrina norteamericana, de "categorías sospechadas", en general ante la revisión judicial de las restricciones a un derecho fundamental.

Valeria Berros **(8)** detalla que, a fines de 2010, el Ministerio Nacional de Ciencia y Tecnología aprobó un proyecto encabezado por el prestigioso Centro CRIDEAU de la Universidad de Limoges, con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, de investigación binacional denominado "La aplicabilidad del principio de no regresión en materia medioambiental. Posibilidades y perspectivas", código A 10 H03.

A partir de allí, se realizó el I Seminario Internacional Francia-Argentina. Y en la segunda mitad del año, los días 22 y 23/9/2011 se llevó a cabo en Limoges el II Seminario de similares características, en los que "se profundizó la discusión en torno a los fundamentos posibles de consolidar de la edificación del principio de no regresión a partir de un repertorio de trabajos sobre el tema, realizados por diferentes juristas de distintos países del mundo".

Esta investigadora vincula este principio (de no regresividad) con la noción de equidad Intergeneracional, cuya "idea remite a su vez, al interrogante acerca del 'volumen' que debe ser transmitido a las generaciones por venir en virtud del lazo intergeneracional que las une". Y que "en nuestro derecho, y articulado al problemático concepto de desarrollo sustentable, se refiere a la obligación de no comprometer las necesidades de las generaciones futuras, así como también de velar por el goce del ambiente apropiado, pensando en el hoy pero también en el mañana. Así la indagación por el 'qué' y el 'cómo' de la transferencia intergeneracional queda planteada".

Berros cree que "la idea de 'mínimo' pone de manifiesto una de las cuestiones más complejas que podría postularse en torno a la no regresión, que es la determinación del 'volumen de transferencia' hacia las generaciones futuras. Su delimitación podría oscilar entre la mantención de un mínimo existencial de todo aquello que fuera posible según un juicio de razonabilidad o la consolidación de un máximo a transferir, lo cual da cuenta del riesgo que se corre al consolidar una idea de 'mínimo' en lugar de 'máximo' a transferir, lo que podría traducirse en términos de un esfuerzo mínimo o máximo en relación con el porvenir".

Por último, señala una segunda problemática respecto de la configuración de los mínimos de protección en lo relativo a la delimitación de su contenido, recurriéndose a la técnica para determinar la capacidad de carga de los ecosistemas o la fijación de estándares o mínimos de tolerancia, lo que indica la necesidad de interrogar y explorar sobre esta forma de producción de saberes, funcionamiento interno, límites y posibilidades a la luz de la problemática ambiental.

En relación con la denominación del principio de no regresión o prohibición de regresión,

(8) BERROS, María Valeria, "Construyendo el principio de no regresión en el derecho argentino", JA 2011-IV-4, fasc. 13.

el notable jurista francés Michel Prieur **(9)** dice que la terminología usada no se ha establecido de forma definitiva: se habla de "principio de *standstill*" en derecho belga (Isabelle Hachez; también Maurice Kamto), efecto "trinquete" (expresión de François Ost, Van de Kerchove) o de norma del trinquete *antirretorno*, de intangibilidad de los derechos fundamentales (Oliver de Frouville), derechos adquiridos legislativos o de carácter irreversible de los derechos humanos (Konrad Hesse).

Apoya "la hipótesis de un derecho ambiental no regresivo y, por lo tanto, de un derecho que sea obligatoriamente progresivo, en la consagración del medio ambiente como un nuevo derecho del hombre. El derecho ambiental ha pasado a convertirse en un derecho fundamental, se beneficiará de las teorías existentes previamente cuyo objetivo es aumentar aún más la eficacia de los derechos humanos, lo que impide retroceder y de esta manera garantizar la no regresión de este derecho que ha sido reconocido como fundamental, y por ello, irreversible".

Desde esta tesitura, podría afirmarse que "el derecho conlleva unas normas intangibles valederas de una cláusula de eternidad, según la expresión de las teorías normativistas de Kelsen y Merck". Prieur enseña que la "no regresión" se justifica: 1. por el carácter finalista del derecho ambiental; 2. por la esencia teleológica de este, con valores vinculados al ser humano; 3. en defensa de las generaciones futuras.

Señala el "carácter finalista del derecho ambiental", cuyo objetivo es la progresión de la protección del medio ambiente. También considera que el derecho ambiental posee por "naturaleza, una esencia teleológica", cargada de "valores y fines vinculados al ser humano en su interdependencia con la biodiversidad", que "tampoco puede disociarse del interés colectivo para la supervivencia de la humanidad" y para la conservación "de los bienes comunes" (bienes colectivos, en nuestro derecho) y porque lo que está en juego es la protección de los avances alcanzados en el contenido de las legislaciones medioambientales.

También apunta que "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... en la actualidad al modificar una ley ambiental para reducir su grado de protección, estamos imponiendo a las generaciones futuras un ambiente más degradado a través de una ley con contenido regresivo".

Un concepto clave es el de retroceso que se produce cuando, escudándose en la simplificación del derecho, el Ejecutivo o el Parlamento aprovechan para disminuir de forma insidiosa el nivel de protección del medio ambiente, o cuando lo que se pretende debatir es la voluntad de suprimir la norma o reducir sus exigencias, por intereses contrarios que no han demostrado ser jurídicamente superiores a los intereses relacionados con la protección del ambiente. Se habla, entonces, de las regresiones insidiosas, progresivas o graduales, que son las que más amenazan el derecho ambiental.

Por último, indica que existen tres modalidades diferentes de expresar la voluntad de no regresión: 1. a través de una proclamación expresa; 2. a través de una exigencia de protección del ambiente mediante medidas nacionales a un nivel que sea, como mínimo, igual al nivel de protección internacional; 3. de forma más indirecta, aunque no por ello menos explícita, a través de las cláusulas de incompatibilidad con otros acuerdos, o que, en caso de competencia o diferencias entre varios convenios, confirman la superioridad o preeminencia del tratado que propone la mayor protección del medio ambiente.

Rebecca Cook **(10)** dice que el principio de no regresión está implícito en los acuerdos sobre los derechos humanos; dicho principio es una obligación negativa inherente a cualquier obligación positiva que acompaña un derecho fundamental. El PIDESC de 1966 impone a los Estados "lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (art. 2-1).

(9) PRIEUR, Michel, "El nuevo principio de no regresión en el derecho ambiental", acto de investidura del grado de doctor en honoris causa, Prosas Universitaria de Zaragoza del 21/06/2011.

(10) COOK, Rebecca, citada por PRIEUR, Michel, "El nuevo principio...", ob. cit.

Hachez afirma que esta cláusula de progresividad "se opone en forma correlativa a la adopción de medidas regresivas". El art. 11-1 reconoce el "derecho de toda persona a una mejora continua de las condiciones de existencia". El art. 12, relativo al derecho a la salud, estipula "lo mejor de todos los aspectos relativos a la higiene del medio".

En función de lo expuesto, por el principio de progresividad, el legislador no puede menoscabar derechos fundamentales a no ser que los reemplace por un régimen que ofrezca al menos la misma protección. Se trata de mejorar el ejercicio real de un derecho confiriéndole eficacia, lo que obliga al Parlamento a dar en todo momento a la legislación un "efecto ascendente", según la expresión de D. Rousseau. Y que el retroceso de un derecho no puede descender por debajo de cierto umbral sin desnaturalizar el derecho en cuestión.

Concluye Michel Prieur con esta profunda reflexión: "El derecho ambiental contiene una esencia intangible estrechamente vinculada al más intangible de los derechos humanos: el *derecho a la vida*, entendido como un derecho a la supervivencia frente a las amenazas que sufre el planeta debido a las múltiples degradaciones del medio de vida de los seres vivos". Para advertir que los jueces (encargados de valorar los casos de regresión) "tendrán que crear una nueva escala de valores para garantizar, de la mejor forma posible, la supervivencia del frágil equilibrio entre el hombre y la naturaleza, teniendo en cuenta la globalización del medio ambiente".

Gonzalo Sozzo **(11)** enseña que "el principio de no regresión exige repensar la idea de progreso que el derecho moderno recepta como un dogma. Es verdad que el principio de no regresión podría apoyarse en la idea de desarrollo sustentable; sin embargo, una perspectiva más radical acerca de la idea de progreso permite un punto *arquimédico* más universal: la idea de progreso como perdurabilidad que, a su vez, se sustenta en la idea de patrimonio común de la humanidad y de la responsabilidad para con las generaciones futuras... La idea del progreso como implementación progresiva es más reciente; parte del reconocimiento de que los objetivos y las metas no pueden ser alcanzados de manera inmediata o instantánea, sino que requieren un proceso de implementación".

Y más adelante explica que "la progresividad se vincula, entonces, con la idea de que el derecho es eminentemente instrumental, encontrándose materialmente orientado por la política. Esta cuestión permite comprender que haya sido con los derechos sociales que la idea de progresividad ha adquirido carta de ciudadanía en el campo legal. Esta idea de progresividad ha sido entendida por los tribunales como una prohibición de retroceso. En efecto, si debe marcharse siempre hacia adelante, ello implica no retrocederse. Aquí aparece la primera versión de la idea de no regresividad: si es necesario asegurar el progreso como progresividad —faceta positiva—, ello implica, al mismo tiempo, la inhibición de los retrocesos —faceta negativa—".

Entendemos que el principio de progresividad encuentra fundamento legal en nuestro régimen, no solo en el art. 4°, ley 25.675 General del Ambiente, sino también en el art. 28, CN, que consagra el principio de razonabilidad (Bidart Campos) o la garantía del debido proceso sustantivo (Linares); y desde el punto de vista de los derechos humanos, en el art. 2.2, PIDESC, por el cual "cada uno de los Estados Parte se compromete a adoptar medidas... especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios adecuados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena eficacia de los derechos aquí reconocidos".

Giacosa y Lloret **(12)** señalan que el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto establece el compromiso de adoptar providencias, especialmente económicas y técnicas, "para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura... en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios". Y en el Acuerdo Marco sobre

(11) SOZZO, Gonzalo, "El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la Conferencia de Río+20", JA 2011-IV-58, fasc. 13.

(12) GIACOSA, Natalia - LLORET, Juan S., "El principio de progresividad ambiental y los horizontes de su aplicación", JA 2011-IV-36, fasc. 13.

Medio Ambiente del Mercosur, capítulo I, entre sus principios se encuentra "la 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".

VI. Principio de buena fe

Desde el punto de vista del derecho internacional, es sabido que el principio de buena fe constituye un criterio, con fundamento en los arts. 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas, 26 y 31 de la Convención de Viena de los Tratados, y la declaración Anexa de la Resolución 2625 (XXV) **(13)**.

La relevancia que tiene el principio de buena fe para el derecho internacional ambiental se ve reflejado en la Conferencia de Naciones Unidas, de Río de Janeiro 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, cuando consagra como principio 27, que los "Estados y las personas deben cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo internacional en la esfera del desarrollo sostenible". Antes, en el Principio 19, expresa que los Estados "deberán proporcionar la información pertinente" y "deberán celebrar consultas" en una fecha temprana y "de buena fe". La información, oportuna, de buena fe, entre los Estados, sobre actividades que se pueden realizar en un territorio, que pueden afectar territorios vecinos, es clave en las relaciones internacionales.

El Código Civil y Comercial de la Nación introduce en el Capítulo 3 del Título Preliminar, Ejercicio de los derechos, art. 9º Principio de Buena Fe: "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe".

VI.1. Buena fe como estándar de comportamiento social **(14)**

A verdad sabida y buena fe guardada, ha sido desde siempre, un axioma básico de las negociaciones mercantiles, basadas en el crédito. En ese mismo sentido, Guillermo Borda **(15)** indica que la buena fe en los negocios impone la obligación de hablar claro. Este mismo autor, distingue entre la buena fe objetiva (lealtad, probidad) y la buena fe subjetiva (creencia o confianza).

El art. 9° del nuevo Código, eleva la buena fe, a la categoría de un principio general del derecho (parafraseando, en doctrina judicial, lo que sostuvieran con anterioridad, nuestros tribunales de justicia), así el principio rector de buena fe pasa a ser una norma-eje del sistema. La corrección en el obrar (sinónimo de buena fe), choca con el obrar desleal, deshonesto, la falta de honradez y ausencia de probidad, la conducta hartera, el obrar torcido. Jorge Mosset Iturraspe **(16)**, enseña que la buena fe como principio jurídico, es un poderoso reflector que ilumina todo el derecho privado.

Los derechos (individuales o colectivos) deben ejercerse de buena fe, es una regla que refuerza la idea base del derecho ambiental: la paz, solidaridad (fraternidad), el respeto al otro.

La buena fe, transparencia, y ética ambiental (moral ambiental), son fundamentales para la efectiva protección del ambiente.

Además, el principio de buena fe se relaciona con el abuso del derecho.

En este Capítulo 3, "Ejercicio de los Derechos del Código Civil y Comercial", luce una de las disposiciones de directa aplicación en el campo del derecho ambiental.

Nos referimos a la norma que establece textualmente lo siguiente: "Artículo 14 - Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. 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".

(13) BARBOSA, Julio, "Derecho Internacional Público", Zavalía, 2ª ed., 2010, p. 329.

(14) CÓRDOBA, Marcos, "La buena fe positivizada como principio general del derecho", RCCyC, 2016 agosto, p. 125. Para ampliar vid. "Tratado de la buena fe en el derecho", La Ley, director Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley.

(15) BORDA, Guillermo, "Manual de Contratos", 20082, 1ª ed., p. 54.

(16) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Derecho Civil Constitucional", Rubinzal Culzoni Editores, 2011 p. 167.

El Código establece que "no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general", lo que reviste una enorme significación jurídica ambiental: primero, porque introduce el texto de ley, el concepto de "ambiente" (pueda afectar el ambiente), segundo, porque la ley regula el abuso del derecho en su doble versión objetiva: cuando afecta derechos individuales o derechos de incidencia "colectiva", entendiendo por esta última, aquella que involucra a grupos, clases, categorías o la sociedad en su conjunto.

Así pone límites al ejercicio de derechos individuales, propios o subjetivos, por causas socioambientales, rediseñando el contenido, dimensión o el alcance de los derechos subjetivos.

En este sentido, el Código Civil regula bajo el principio de buena fe, diversas especies de un mismo género: el abuso del derecho (art. 10) que incluye, otros supuestos de abuso del derecho: "situación jurídica abusiva" (art. 10, *in fine*, de la que resulta un ejemplo, la figura normativa del art. 11, del "abuso de la posición dominante en el mercado").

Pero veamos estas dos especies genéricas. Una (abuso del derecho individual) que resulta disfuncional o contraria a los fines del ordenamiento jurídico o que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, en contra de los derechos individuales, la otra en cambio (abuso del derecho colectivo), atiende a proteger los derechos de incidencia colectiva, frente a la conducta abusiva.

Específicamente, cuando pueda afectar al ambiente (art. 14, *in fine*). Esta última figura o instituto, es la que denominamos: abuso del derecho contra el ambiente (ecoabuso, al decir de Gonzalo Sozzo).

El Título III, "Bienes", Capítulo I, "Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva", presenta una Sección 3º, que regula los "[b]ienes con relación a los derechos de incidencia colectiva. Artículo 240 - Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores 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".

Lorenzetti señala: "Los códigos tradicionales regulan únicamente los derechos individuales. En el Código Civil y Comercial se reconoce la categoría de derechos de incidencia colectiva (art. 14) y se introducen criterios para armonizar los derechos individuales con la integridad de lo colectivo mediante la figura del abuso de derecho (art. 14) y el ejercicio compatible con la sustentabilidad (art. 240). El paradigma colectivo pone el acento en las relaciones grupales y en los bienes colectivos".

El principio de buena fe (art. 9°) del Cód. Civ. y Com., desde el punto de vista ambiental, tiene su correlato de acción en los arts. 10° y 14° (abuso del derecho), 240 (compatibilización del ejercicio de los derechos individuales con relación a los derechos de incidencia colectiva, y no afectación de la función y la sustentabilidad de los ecosistemas).

Por lo expresado, el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes individuales o colectivos, debe ser: 1) compatible con los derechos de incidencia colectiva; 2) debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público; 3) 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.

VII. Principio de prevención

La ley 25.675 General del Ambiente lo contiene.

"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".

Este principio está asentado en la idea de "diligencia debida" de los sujetos de derecho internacional, es decir, la *obligación* de vigilancia y adopción de previsiones en relación con los bienes y personas bajo su jurisdicción, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, no causen perjuicios transfronterizos. El principio de prevención ha sido enunciado en distintos instrumentos jurídicos internacionales **(17)**.

Desde que apareciera por primera vez en el arbitraje en el caso Trail Smelter en 1938 **(18)**, la prevención del daño transfronterizo se ha redactado como principio en instrumentos fundacionales del derecho internacional del medio ambiente **(19)**, los instrumentos regionales **(20)** y las decisiones de la Corte Internacional de Justicia **(21)** [Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, del 30 de noviembre de 2018, "Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente" **(22)**].

El principio de prevención está bien establecido como norma del derecho internacional consuetudinario, confirmada por la práctica pertinente en muchos tratados relativos al medio ambiente y los principales proyectos de codificación **(23)**. En la práctica, este principio se relaciona también con las obligaciones de diligencia debida, en particular la de realizar una evaluación del impacto ambiental antes de emprender actividades que entrañan un posible riesgo de daño transfronterizo **(24)** (Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, del 30 de noviembre de 2018, "Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente").

VIII. Principio de precaución

La vuelta del genio maligno (Ewald), el "desconcierto del Leviatham" (Esteve Pardo), el principio precautorio.

La ley 25.675 General del Ambiente lo enuncia de esta forma:

"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".

El principio precautorio es un principio jurídico del derecho sustantivo. De tal modo, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científi-

(17) Drnas de Clément, ob. cit., p. 26.

Acerca del principio de prevención, en general, existe importante doctrina en numerosas publicaciones. El detalle de dichas publicaciones se recopila en: CAFFERATTA, Néstor A., "Bibliografía de Derecho Ambiental en General" en RDA. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica 50 abril/junio 2017, Abeledo Perrot, p. 159.

(18) Trail Smelter Case (United States, Canada) (1938, 1941), Reports of the International Arbitral Awards, vol. III, p. 1905, et. seq.

(19) Véanse Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo), Principio 21; Carta Mundial de la Naturaleza (WCN), arts. 13, 19 y 21; CNUDM, art. 194; Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo) preámbulo y art. 2; Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), preámbulo y art. 3; Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Carta de la Tierra), principios 2, 14, 18 y 19; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), preámbulo.

(20) Véanse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 191; Acuerdo sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (Acuerdo de ASEAN), art. 20.

(21) Corfu Channel Case, Judgment of April 9th 1949, I.C.J. Reports 1949, ps. 4 y 22; Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, párr. 140; Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párr. 101.

(22) El presente informe se ha preparado en cumplimiento de la resolución 72/277 de la Asamblea General, titulada "Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente". Ver cita 160.

(23) Véase LESLIE - ANNE DUVIC - Paoli - Jorge E. VINUALES, "Principle 2: Prevention", en Jorge E. VINUALES, ed., The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary, Oxford University Press, 2015, ps. 107, 120-121.

(24) Ibidem, p. 118.

fica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego (CS, voto del doctor Ricardo Lorenzetti, 26/05/2010. Fallos: 333:748).

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 otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiestan. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios (CS, 26/03/2009. Fallos: 332:663).

El principio precautorio tiene su origen en un antiguo canon del comportamiento humano, correspondiéndose a una visión renovada de la ancestral concepción de "prudencia" ante lo incierto, lo desconocido. El principio de precaución se enfrenta con el riesgo incierto, a diferencia del principio de prevención que hace frente al riesgo cierto. En el caso del principio precautorio, quien quiere llevar adelante determinada actividad debe probar que esta no es peligrosa para el medio ambiente **(25)**.

Las diferencias entre el principio de precaución y el de prevención consisten en que, así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre **(26)**.

(25) Drnas. de Clement, ps. 27-29.

(26) CAFFERATTA, Néstor. "Introducción al Derecho Ambiental - Instituto Nacional de Ecología" (INE-Semarnat), México, 2004, p. 160. N. del A.: Sobre este principio mucho se ha escrito tanto en la doctrina nacional como internacional. El detalle de estos se encuentra en CAFFERATTA, Néstor, "Bibliografía de Derecho Ambiental en General", en RDA, ob. cit., p. 159. Entre los trabajos pueden mencionarse, entre muchos otros, los siguientes: ALFERILLO, Pascual Eduardo: "Los riesgos ambientales y el principio precautorio", Revista de Derecho de Daños. 2006-3, I, "Creación de riesgos", ps. 281-331, Rubinzal Culzoni.- ALICIARRI, María Belén, "Los principios preventivo y precautorio en el derecho ambiental", RDA 13, p. 235 - ANDORNO, Roberto, "El principio de precaución: Un nuevo estándar jurídico para la era tecnológica", LA LEY, 2002-D, 1326.- ídem, "Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución", JA, 2003-III, fascículo n. 4, p. 29 - ANDRADA, Alejandro - HERNÁNDEZ, Carlos, "Soja, principio precautorio y agroquímicos", Revista Derecho de Daños 2011-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011. APESTEGUIA, Gustavo, "¿Es ilegal prohibir el uso de agroquímicos? A propósito de un fallo que tranquiliza a los mercados", RDA 14, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008. BELLOTTI, Mirta Liliana, "Principio de precaución", LA LEY, 10/05/2010, p. 7. BERGEL, Salvador D., "Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil", p. 1008, en obra colectiva "Derecho Privado", Homenaje al profesor doctor Alberto J. BUERES, Hammurabi, 2001. Ídem, "La recepción del principio precautorio en la Ley General del Ambiente", ED, 22/04/2004.- "Las variedades transgénicas y el principio de precaución" Seminario Internacional "Biotecnología y Sociedad", desarrollado los días 16 y 17 de noviembre de 1999. Del mismo autor: "La recepción del principio precautorio en la Ley General del Ambiente", ED, 22/04/2004. BENAVENTE, María Isabel: "El principio de precaución en diálogo con el principio de equidad intergeneracional: algunos desafíos abiertos hacia el porvenir", RDA 31, p. 23, Abeledo Perrot. BERROS, María Valeria, "Principio precautorio como herramienta de gestión del riesgo ambiental", RDA 13, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008. De la misma autora: "Estrategias locales de 'resistencia' frente a la estrategia global de gestión del riesgo", X Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Córdoba, noviembre de 2009, Comisión I: La globalización del campo socio jurídico. Ídem, "Apreciaciones en torno a la aplicación del principio precautorio y la prueba: circulación de saberes y apertura de agendas para el derecho", RDA 34, p. 155, Abeledo Perrot, Buenos Aires, abril / junio 2013.- BESTANI DE SAGUIR, Adriana, "El principio de precaución en el derecho argentino", RDA 13, enero/ marzo 2008, p. 209, Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina / Lexis Nexis, 2008. De la misma autora: "Gestión de riesgos y principio de precaución", RDA, enero / marzo 2009, 17, p. 19, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2009. ídem, "El principio de precaución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", JA- 2011, IV.- También, "Críticas al principio precautorio", LA LEY, 10/02/2011.- ídem, "Uso (¿y abuso?) Jurisprudencial del principio de precaución en la tutela procesal ambiental: el rol del juez, reglas probatorias e incertidumbre científica", RDA 22, p. 129, Lexis Nexis, Buenos Aires, abril/ junio 2010. Ídem, "El principio de precaución", p. 17, en obra colectiva: "Articulación de las competencias ambientales en la Nación y en las Provincias del NOA", de la Editorial Universidad Nacional del Tucumán, Edunt, 2008.- Ídem, "Principio de Precaución", Astrea, 2012. BIBILONI, Homero M.: "Los principios ambientales y la interpretación (Su aplicación política y jurídica), JA, 2001-I-1082. CAFFERATTA, Néstor A., "El principio precautorio en América Latina", JA, 2009- IV, fascículo n. 13, p. 2. Ídem, "El principio precautorio (o la certeza de la incerteza)", ps. 49-67, en obra co-

lectiva, "Biodiversidad, Biotecnologías y Derecho", ISBN 978-88-548-3590-0, DOI 10.4399/97888548359003 - directora: VITULIA IVONE - ARACNE SRL EDITRICE, 1ª edición, diciembre 2010. También, "El principio precautorio", en Gaceta Ecológica, Instituto Nacional de Ecología, México, 73, p. 5, trimestre octubre / diciembre 2004. Asimismo, "Principio precautorio en el derecho argentino y brasileño", RDA, 5- 67 - ídem, "El principio precautorio", RRCYS, Año V, 6, noviembre diciembre de 2003. "Principio precautorio y derecho ambiental", LA LEY, 2004-A, 208- ídem, "Breves reflexiones sobre la convergencia de la bioética y el derecho ambiental a la luz del principio precautorio", JA, 2006-IV, 1253. DE BENEDICTIS, Leonardo, "El principio precautorio y la defensa del ambiente. Consideraciones para su aplicación razonable", RDA 15, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008 - DI PAOLA, María E. - MACHAIN, Natalia, "El principio precautorio en la República Argentina. Análisis de su aplicación en las decisiones administrativas y judiciales", "Revista Jurídica de Buenos Aires", Derecho Ambiental, p. 15, Abeledo Perrot, 2005. ESTRADA OYUELA, Raúl, "Comentario sobre algunos principios de derecho ambiental", ED Serie Especial Derecho ambiental, 25/07/2005, p. 16. ESTRADA OYUELA, Raúl - AGUILAR, Soledad, "El principio o enfoque precautorio en el Derecho Internacional y en la Ley General del Ambiente", LL Supl. de Derecho Ambiental FARN, Año X, 4, 22/09/2003, p. 1.- ESAÍN, José, "El Derecho Agrario y la cuestión de los feed lots. La SCJBA aplica la doctrina del Tribunal de las CE y del Consejo de Estado francés tomando el principio de precaución como elemento para apreciar la razonabilidad del acto administrativo en el marco del poder de policía ambiental", JA, 2002-IV, fascículo n. 6, p. 34.- FALBO, Aníbal J., "El principio precautorio del Derecho Ambiental y sus funciones cautelares y de interpretación", RDA 4, p. 506, octubre/ diciembre 2005, Lexis Nexis, Buenos Aires. Ídem, "La tutela del ambiente ante la incertidumbre", RDA 13, enero/ marzo 2008, p. 161, Abeledo- Perrot. FACCIANO, Luis A., "La agricultura transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000", en AA.VV, Tercer Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derechos Agrarios, Instituto de Derecho Agrario del Colegio de Abogados de Rosario, 2001, p. 247.- FLAH, Lily, "Principios de prevención y precaución. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, septiembre 2011. Breve estudio de las conclusiones de la Comisión 1 Derecho de Daños", RRCyS, Año XIII, 11, noviembre 2011, p. 259, La Ley. GIANZONE, Ariel, "Competencia originaria y principio precautorio", publicado SDA en elDial.com http://www.laneta.apc.org/emis/carpeta/precaucion.htm. GOLDENBERG, Isidoro H. - CAFFERATTA, Néstor A., "El principio de precaución", JA, 2002-IV, 1442. LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría del Derecho Ambiental", La Ley, 2008. IRIBARREN, Federico, "La inclusión del principio precautorio en la Ley General del Ambiente", RDA, 1, p. 87.- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "El principio de precaución en un documento de la UNESCO", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales - Año L, Segunda Época, 43, La Ley, Buenos Aires, 2006. Ídem, "Responsabilidad civil, principio de precaución y transgénicos", p. 319, de la obra colectiva bajo la dirección de ROMEO CASABONA, Carlos, "Principio de precaución, biotecnología y derecho", Granada, Editora Comares, 2004. Ídem, "Determinación de la filiación del clonado", JA, 2001- IV- 1375.- LÓPEZ ZIGARÁN DE VIGO, Noemí y otros, "Principios preventivo y precautorio en el derecho ambiental", RDA 13, p. 279. LORENZETTI, Pablo: "Agroquímicos versus principio precautorio ¿una opción trágica? en RDA 27, julio-septiembre 2011, Abeledo Perrot, Buenos Aires. MORALES LAMBERTI, Alicia: "Conflictos de reglas, principios y paradigmas en la decisión de un caso ambiental complejo: agroquímicos y facultades locales", RDA 14, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008. Ídem, "Campos electromagnéticos e incertidumbre: entre formalidades procesales y verdad jurídica objetiva", RDA 17, Abeledo Perrot, 2009. De la misma autora: "Principio precautorio: causalidad, proporcionalidad y ponderación de la prueba en la actuación administrativa", RDA 23, p. 231, Abeledo Perrot, Buenos Aires, julio / septiembre 2010.- NOVELLI, Mariano- TABARES, Julieta C.: "Problemática del principio precautorio en la Unión europea", RDA 32, p. 275, Abeledo Perrot, Buenos Aires, enero/ marzo 2013. Ídem, .: "El principio precautorio", LA LEY, 23/03/2012, p. 1.- PRIETO MOLINERO, Ramiro: "Principio de precaución", LA LEY, 09/11/2011. PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Delia, "Pantallas LED. Principio de precaución. Artículo 2618 del CC", en El Dial Ambiental. COSSARI, Maximiliano: "Los daños y perjuicios y el principio de precaución en la jurisprudencia reciente", DJ, 2008-I, 1053. REBOLLO, Luis M., "Prevención, intervención, reparación. Una reflexión sobre el derecho administrativo ante los riesgos del desarrollo", Estudios , RDA, Abeledo Perrot.- RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, "Principio precautorio: aplicación jurisprudencial", RDA 6, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006. SEGUÍ, Adela, "Incerteza científica, principio de precaución y responsabilidad civil en un fallo de la Casación Francesa", RRCyS, 2012-IV. SIBILEAU, Agnés, "El derecho y la incertidumbre científica. El caso Uyemas", Supl. de DA La Ley/ FARN, 16/05/2008. SCHETJMAN, Flavia, "Una mirada al principio de precaución ambiental en los Estados Unidos de América", RDA 26, p. 37, Abeledo Perrot, 2011. SIDOLI, Osvaldo: "El principio de precaución: la declaración de Wingspread y la Declaración de Lowell", El Dial Express, año VIII, 1802, 7/06/05. Ídem, "Contaminación electromagnética: ¿un nuevo agujero de ozono?", RDA 4, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006. SOZZO, Gonzalo (Coordinador): "El gobierno de los riesgos", Ediciones UNL, Santa Fe, 2007. SOZZO, Gonzalo: "El estado actual de la problemática de los riesgos derivados del consumo (dimensiones reparatoria, preventiva y precautoria)", en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-I, Rubinzal Culzoni. Del mismo autor: "La prevención del daño (ensayo desde la mirada de las vías periféricas)", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2008-I, Rubinzal Culzoni. Ídem, "Repensar la regla de asunción del riesgo. De causal de justificación a dispositivo tecnológico de gobierno de los riesgos", Revista de Derecho de Daños, 2007-2, Rubinzal Culzoni. "Entre ser

prudentes y estar informados (Sobre la diferente racionalidad del deber de información y el principio precautorio)", Revista de Derecho Privado y Comunitario-2008, Rubinzal Culzoni. SOZZO, Gonzalo - BERROS, M. Valeria, "Principio precautorio", "RRCyS", La Ley, 2011-III, 28. ISSN 1666-4590. De los mismos autores: "Una agenda para el principio precautorio", Revista Crítica de Derecho Privado 6, 2009, La Ley - Uruguay, ISSN: 1510-8090 - TRIPPELI, Adriana, "El principio de enfoque de precaución según el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Opinión consultiva. Caso 17", RDA 33, p. 131, Abeledo Perrot, Buenos Aires, marzo / mayo 2013 - Ídem, "El principio de precaución en la bioseguridad", en "III Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario", Rosario, 2000, p. 283. VIANA FERREIRA, Ricardo A., "Un antiprincipio en el derecho ambiental: la política de los hechos consumados", RDA 13, p. 293. VILLAFAÑE, Leonardo, "El principio precautorio y responsabilidad civil por daños", RDA 34, p. 67, Abeledo Perrot, Buenos Aires, abril / junio 2013. WALSH, Juan Rodrigo: "El ambiente y el paradigma de la sustentabilidad", p. 37, en "Ambiente, Derecho y sustentabilidad", Editorial La Ley, 2000. ZEBALLOS DE SISTO, María C. - BRAGA, Alejandro y otros, "Principios preventivo y precautorio en el derecho ambiental: entre el interés, la ciencia y la ética", RDA 13, p. 259. ZLATA DRNAS de CLÉMENT, "El principio de precaución en materia ambiental. Nuevas tendencias", trabajo presentado en la Jornada de Medio Ambiente del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el 8 de mayo de 2000. También véase la obra colectiva, bajo la coordinación de esta misma autora, "El principio de Precaución Ambiental. La práctica argentina", Lerner, 2008, con trabajos de Mirta Liliana BELLOTI, Oscar BENÍTEZ, ZLATA DRNAS, Marta S. JULIÁ, Elsa MANRIQUE, Gloria ROSENBERG, Marta S. SARTORI, Patricia TORRES, y los estudiantes María DE LA COLINA, María José GARCÍA CASTRO, Alejandra A. NADER - http://www.acader.unc.edu.ar.CANS, CHANTAL, "Le principie de précaution nouvel élement du controle de légalité", revue Française de Droit Administratif", 4, julio - agosto 1999, traducido en "Investigaciones" 1-2000, p. 195, Secretaria de Investigación del Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación. También, desde la doctrina de España. CAPPELLI, Silvia: "Principio precautorio. Perspectiva desde lo jurisdiccional: el caso de Brasil", 4º Jornadas Latinoamericanas sobre Medio Ambiente", Salta, 23 de agosto de 2007. CASSAGRANDE NOGUEIRA, Ana C., "O conteúdo jurídicio do principio do precauçáo no direito ambiental brasileiro", en BENJAMÍN, Antonio H., 10 anos do Eco 92. O Direito e o Desenvolvimiento Sustentavel, Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2002, p. 285. CODERCH, Pablo - SEUBA TORREBIANCA, Juan - LUNA YERGA, Álvaro - RAMOS GONZÁLEZ, Sonia: "NEMINEM LAEDERE, principio de cautela y red de alerta", InDret. http://www.indret.com/cas/artdet.php. ed. DE ARAUJO AYALA, Patryk: "A proteção jurçidica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira", ps. 229-261, en obra colectiva: "Princípio da precauçao", Del Rey, 2004. DE SADELEER, Nicolás: "Environmental principles. From political slogans to legal rules", Oxford University Press, 2002. DURÁN MEDINA, Valentina: "Regulación de la contaminación electromagnética en Chile a la luz de los principios precautorio y de acceso a la información ambiental", en AAVV, Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Comisión de Medio Ambiente y Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003, p. 271. EMBID TELLO, Antonio Eduardo: "El principio de precaución" en "Los principios jurídicos del Derecho Administrativo", Santamaría Pastor, J.A, et al. La Ley, Madrid, 2010. ESTEVE PARDO, José, "El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres científicas", Marcial Pons, Madrid, 2009. Del mismo autor: "Derecho del medio ambiente", Marcial Pons, Madrid, 2008. EWALD, François, "Le príncipe de precaution. Que sais je?, PUF, Paris, 2001. Ídem. "Le retour de maligne gènie. Esquise d´une philosophie de la précaution", publicado en "La principe de précaution dans la conduite affaires humaines" sour la dirección Oliver GODARD, Editorial de la Maison des Sciences de l´homme, Paris, 1997. Del mismo autor, "Philosophie de la précaution", L´Année sociologique, 46- 2, Partis, 1992. Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ: "El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil. Associació de Bioética i Dret), 15/10/2002.- GODARD, Olivier: "O principio da precaução. Ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais. Liçoes de método decorrentes do caso da vaca louca", p. 157- 203, obra colectiva: "Princípio da precauçao", Del Rey, 2004. KISS, Alexander, "Os direitos e interesses das geraçoes futuras e o principio da precauçao" en obra colectiva "Principio da precauçao", DIAZ VARELLA, M. - BARROS PLATIAU, A. F., "Coleçao Direito Ambiental em Debate", Del Rey, Belo Horizonte, 2004. KOURILSKY, Philippe - VINEY, Geneviève, "Le principe de precaution", Rapport au Premier Ministre. Editions Odile Jacob. La documentation française. Paris, 2004. LATOUR, Bruno: "De príncipe de précaution au príncipe du bon governement: vers de nouvelles régles de la méthode expérimentales", disponible en http://www.ensmp. fr/latour. LE TORNEAU, Philippe, "Reflexiones panorámicas sobre la responsabilidad civil", en TRIGO REPRESAS, Félix A.- LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", Tomo IV, p. 901, Editorial La Ley, en especial apartados 26 a 28, p. 918, del eximio profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toulouse, Francia. LUHMMAN, Niklas: "Sociología del riesgo", Triana Editores, México, 1998. MARTIN, Gilles, "Précaution et évolution du droit", en Recueil Dalloz Sirey 39, Cahier Chronique, 2003. NOIVILLE, Christine, "De non gouvernement des risques. Le droit et la question du risque aceptable", Presses Universitaires de France, Paris, 2003. MILANO SÁNCHEZ, Aldo, "El principio precautorio", Editorial Investigaciones Jurídicas, 2005.- MIRRA, Álvaro Valery L, "Direito brasileiro. O principio do precauçao e sua aplicaçao judicial", JA, 2003-III-1281 - ídem, "Revista de Direito Ambiental", Año 6, Janeiro-Março 2001, 21, Editora Dos Tribunais, p. 92.- NOIVILLE, Christine, "Science, decisión, action: toris remarques á propos du príncipe de précaution", publicado en Petites

Este principio estipula que los Estados están obligados a adoptar un enfoque basado en el principio de precaución al tomar decisiones o con respecto a posibles omisiones que pueden ocasionar daños al medio ambiente. Esa obligación se mantiene intacta, al margen de la falta de certeza científica acerca de la existencia o el alcance de tales riesgos **(27)**. Si bien el principio formulado en el Principio 15 de la Declaración de Río refleja otros principios fundamentales, como la aplicación efectiva del derecho internacional del medio ambiente **(28)**, la base jurídica de precaución como principio es motivo de cierta controversia y debate **(29)**. Sin embargo, el ejercicio de precaución en este sentido se manifiesta en otros instrumentos fundacionales del derecho internacional del medio ambien-

afiches. 1º- 2 Novembre de 2004 - 218-219, París, 2004. PEÑA CHACÓN, Mario, "Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente", Editorial Investigaciones Jurídicas, p. 30, 2006. PRIEUR, Michel, "Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l´enivronment", en Incertitude juridique, incertitude scientifique, Les Cahiers du Crideau 3, Pulim Limoges, 2001. ROMEO CASABONA, Carlos M., "Principio de precaución, biotecnología y Derecho Penal. Resumen", monografía disponible en Internet, del Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco / EHU Lejona. SANZ LARRUGA, Francisco J., "El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria", Revista Aranzadi de Derecho Ambiental", 1. p. 117, año 2002. MAZEAUD, D, "Responsabilité civile et précaution. La responsablité civile à l´aube du XXI siècle », Resp. Civ. Et Assur, junio 2001, 19 y ss. MORATO LEITE, José R.- DE ARAUJO AYALA, Patryck, "Direito Ambiental na Sociedade de Risco", 2ª edición, Forense, 2006.- SIVINI FERREIRA, Heline: "O Risco Ecológico e o princípio da precação", p. 55, en obra colectiva, bajo la organización de SIVINI FERREIRA, Heline - MORATO, José - LEITE, Rubens, "Estado de Direito Ambiental. Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos", Forense Universitaria, 2004. SUNSTEIN, Cass: "Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución", Katz Editores, 2009. TELES DA SILVA, Solange, "Principio da precação: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas", ps. 75-91, obra colectiva: "Princípio da precauçao", Del Rey, 2004. TICKNER, Joel - RAFFENSPERGER, Carolyn - MYERS, Nancy: "El principio precautorio en acción. Manual", escrito para la Red de Ciencia y Salud Ambiental (Science and Environmental Healt Network, SEHN - junio 1999. VINEY, Geneviéve, "Le principe de précaution. Le point de vue d´juriste", p. 70, "Les petites Affiches", 30/11/ 2000. KOURILSKY, Philippe - VINEY, Geneviéve, "Le principe de précaution", Rapport au Premier Ministre, París, La Documentation Française, 2000, p. 151. DÍAS VARELA, Marcelo - BARROS PLATIAU, Ana F., "Princípio da precauçao", obra colectiva, Del Rey, 2004, entre cuyos trabajos se destacan, KISS, Alexandre: "Los derechos e intereses de las generaciones futuras y el principio precautorio", RÚDIGER WOLFRUM, "El principio de precaución", SANDS, Philippe, "El principio de precaución", DE SADELEER, Nicolás, "El Estatuto del Principio de precaución en el derecho internacional", TELES DA SILVA, Solange, "Principio de precaución: una nueva postura en fase de riesgos e incertezas científicas", HERMITTE, Marie - Angèle - DAVID, Virginie, "Evaluación de riesgo y principio de precaución", GODARD, Olivier, "El principio de precaución frente al dilema de la traducción jurídica de demandas sociales. Lecciones de método derivadas del caso de la vaca loca", HEY, Ellen - FIREESTONE, David, "Implementando el principio precautorio: desafíos y oportunidades", DÍAS VARELA, Marcelo, "Variaciones de un mismo tema: el ejemplo de implementación del principio de precaución por CIJ, OMC, CJCE y EUA", CASAGRANDE NOGUEIRA, Ana C., "O conteúdo jurídico do principio de precauçao no direito ambiental brasileiro", NOIVILLE, Christine, "Principio de precaución y OMC: ¿de la oposición filosófica para los ajustes técnicos?", FREESTONE, David, "Implementando cautelosamente el principio de precaución. Abordaje precautorio de acuerdo con las Naciones Unidas sobre conservación y ordenamiento de poblaciones de peces transzonales y poblaciones de peces altamente migratorios", RUIZ- FABRI, Hélène, "La adopción del principio precautorio por la OMC", LEME MACHADO, Paulo Affonso, "Principio de precaución en el derecho brasilero y en el Derecho Internacional", VEIGA RIOS, Aurélio V., "El principio de precaución y su aplicación en la justicia brasilera. Estudios de casos". BARROS PLATIAU, Ana F., "La legitimidad de la Gobernabilidad global ambiental y el principio precautorio", Mauricio MOTA: "Princípio da precaução no direito ambiental: uma construção a partir da razonabilidade e da proporcionalidade"; LEITE SAMPAIO, José Adércio - WOLD, Chris - NARDY, Afronio, "Princípios de Direito Ambiental. La Dimensao Internacional e Comparada", WOLD, Chris, "Introduçao ao estudo dos princípios de Direito Internacional", punto 2.5. Principio da precaução.- LEITE SAMPAIO, José A., "Constituçao e Meio Ambiente na perspectiva do direito", CAPPELLI, Silva, Precauçao. Perspectiva desde lo jurisdicional: el caso Brasil", entre otros.

(27) Véase CANÇADO TRINDADE, António, "Principle 15: precaution", en Viñuales, ed., The Rio Declaration on Environment and Development, p. 403.

(28) Véase KUNZ, Martina, "Principle 11: environmental legislation", en Viñuales, ed., The Rio Declaration on Environment and Development, ps. 311 y 321. Véase además A/HRC/37/59, (Principio marco 11) párr. 33 c), y (Principio marco 12) párr. 34 y 35.

(29) Véase KUNZ, "Principle 11: environmental legislation", p. 412.

te **(30)**, instrumentos regionales **(31)**, textos redactados por la sociedad civil **(32)** y fallos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar **(33)** (Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, del 30 de noviembre de 2018, "Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente").

El principio precautorio aparece establecido en las siguientes Leyes de Medio Ambiente de América Latina y el Caribe:

Ecuador: Constitución Política 2008, art. 396. México: Ley de Bioseguridad OGM, art. 8°.

Panamá: Ley de Protección Ambiental 1999, art. 2°.

El Salvador: Dec. 233/1998, art. 2°, inciso e).

Cuba: Ley 81/1997, art. 4°, inciso d).

Uruguay: Ley 17.283/2000, art. 6°, apartado b).

Argentina: Ley 25.675, art. 4°.

Nicaragua: Ley 217/1996, art. 4°, apartado 3º.

República Dominicana: Ley 64/2000, art. 8º.

Costa Rica: Ley de Biodiversidad, art. 11.

Venezuela: Ley de Diversidad Biológica, art. 105.

Paraguay: Ley de Política Ambiental Nacional.

Perú: Ley 28.611, Título Preliminar, art. VII.

Colombia: Ley 99/1993.Se destaca que el principio precautorio, que diferencia el derecho ambiental del resto de las disciplinas clásicas, tiene jerarquía constitucional en la República del Ecuador.

La Carta Magna del Ecuador, sancionada en el año 2008, consagra expresamente el principio de precaución mediante la siguiente formulación, contenida en el art. 396: "El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas".

La Ley General del Ambiente 25.675 (art. 4°) contiene este principio bajo la siguiente fórmula: "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" **(34)**.

De vuelta al orden internacional, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de conformidad 151/5, de 7 de mayo de 1992, surgida de la Conferencia de las Naciones Unidas, de la cual formó parte nuestro país, reunida en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, lo contiene como principio 15: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán

(30) Véanse WCN art. 11 b). Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, preámbulo; Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, 1990 (Convenio de Londres de 1990), preámbulo; CDB, preámbulo; CMNUCC, art. 3 3); Protocolo al Convenio de 1979 sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia , Relativo a la Reducción de las Emisiones de Azufre, preámbulo (Convenio transporte de contaminantes atmosféricos a larga distancia); Protocolo del Convenio de 1972 sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, preámbulo y art. 3; Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Protocolo de Cartagena), arts. 10 6) y 11 8); Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (Convenio de COP), preámbulo, arts. 1 y 8 7) a).

(31) Véanse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a rt. 191 2); Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste (Convenio OSPAR), art. 2 2) a).

(32) Véanse proyecto de pacto de la UICN, art. 7; Principios de Oslo de 2015 sobre las obligaciones en materia de cambio climático mundial (Principios de Oslo), párrs. 1 a) y b); Proyecto de pacto del CIDCE, arts. 3 1) y 2).

(33) Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 280, párr. 77; Activities in the Area, Advisory Opinion, caso núm. 17, párr. 135.

(34) VALLS, Mario F., "La Ley 25.675 General del Ambiente: una miscelánea de medidas protectoras del ambiente uniformes que sigue dispersando la legislación ambiental federal", JA, 2003-III-1294. Destaca que el texto legal hace más estricto el principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro 1992 - Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, que lo restringía a la falta de certeza científica absoluta.

aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente" **(35)**.

La "Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", por ley 24.295 de 7/12/1993, publicada en el Boletín Oficial el 11/01/1994, y ratificada el 11/03/1994, instituye el mismo principio precautorio, a través del art. 3.3, donde se dice: "Las partes deberían tomar medidas de precaución para reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar los efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave e irreversible, no deberían utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para postergar tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible" **(36)**.

Para finalizar con los Convenios abiertos a la firma y adoptados en la Conferencia de Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, la República Argentina aprobó el "Convenio sobre la Diversidad Biológica" por ley 24.375 de septiembre de 1994, publicada en el Boletín Oficial el 6 de enero de 1994 **(37)**. En el Preámbulo de dicho documento las partes contratantes observan que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica. También que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza.

La Conferencia de Partes del Convenio de Diversidad Biológica, conforme el art. 19, designó un Grupo Trabajo sobre Bioseguridad GTBS, que luego de varios años de negociación, elaboró un Proyecto de texto de Protocolo, que presentó en Cartagena, Colombia, durante la reunión del 14 al 19 de febrero de 1999, aprobado el 29 de enero de 2000, durante la Quinta Conferencia de Partes, en Montreal, Canadá. El mencionado "Protocolo sobre Bioseguridad de Cartagena", entró en vigor el 11 de septiembre del 2003, al cumplirse los noventa días siguientes al depósito del instrumento de ratificación número cincuenta **(38)** e introduce en forma expresa el principio de precaución (art. 1º, y anexo III, metodología) **(39)**.

También al principio se lo reconoce en el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Persistentes COPS 2001 **(40)**. Este último Convenio ha sido convertido en ley 26.011 para la Argentina, sancionada el 16 de diciembre del

(35) MARTÍN MATEO, Ramón, "Tratado de Derecho Ambiental", Trivium, 1991 volumen II, p. 770.

(36) DRNAS de CLÉMENT, Zlata - REY CARO, Ernesto J. - STICCA, María A., "Codificación y comentario de normas internacionales ambientales, vigentes en la República Argentina y en el Mercosur", La Ley, 2001, p. 235.

(37) BARBOSA, Julio, "La Convención de protección de la diversidad Biológica de las Naciones Unidas", p. 45, en "Evolución reciente del derecho ambiental internacional", A-Z Editora, 1993.

(38) GARCÍA FERNÁNDEZ, Jorge M. - REY SANTOS, Orlando, "Foros de negociación e instrumentos jurídicos internacionales en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible", Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, La Habana, 2005, p. 100.

(39) LIVELLARA, Silvina M., "Análisis del Protocolo de Bioseguridad a propósito de su entrada en vigor el pasado 11 de septiembre de 2003", en El Dial, 22 de octubre 2003. Para una observación sugestiva, véase ESTRADA OYUELA, Raúl S., "Comentario sobre algunos principios de Derecho Ambiental", ED, 25 de julio 2005, p. 18, ejemplar diario 11.306, de la Serie Especial de Derecho Ambiental, bajo la Dirección de Horacio F. PAYÁ, p. 18. expresa que este instrumento tiene 119 Estados Parte, entre los que no se encuentra la Argentina, e impone a las Partes compromisos cuya aplicación alcanza a los Estados que no son Parte, "de modo que nuestra situación no podía ser menos conveniente".

(40) Según un informe de la WWF Fondo Mundial para la Naturaleza / World Wildlife Fund - publicada en página web del 25 de febrero del año pasado, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos (COPs, o POPs, por sus siglas en inglés), celebrado en una Conferencia de Plenipotenciarios de 127 gobiernos, el 22/05/2001, y suscripto por 91 países y la UE Unión Europea, abarca "doce químicos extremadamente dañinos, incluyendo PCBs (bifenilos policlorados), dioxinas y pesticidas severos; asimismo contiene medidas para incluir otras sustancias COPS en el futuro". Se abrió a la firma a partir del 23 de mayo, por un año en la sede de la ONU en Nueva York. Y entró en vigor el 27/05/2004, después del quincuagésimo instrumento de ratificación/adhesión, de conformidad con el artículo 26 del Convenio.

2004, promulgada de hecho el 10 de enero del 2005, y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 17 de enero de 2005.

Por último, cabe señalar que la provincia de Entre Ríos (que se considera afectada por el conflicto de Argentina-Uruguay, en el resonante caso llevado a la Corte Internacional de Justicia, derivado por la instalación de la fábrica de producción pastera sobre el río Uruguay, de la firma BOTNIA) fruto de la Reforma de su Carta Magna de 2008, contiene el principio precautorio en el texto mismo de su Constitución Política, conforme art. 83: "El Estado fija la política ambiental y garantiza la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, equidad intergeneracional, prevención, utilización racional, progresividad y responsabilidad".

IX. Principio de equidad intergeneracional

Ella se deriva del Principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972 que en su parte pertinente establece "que el hombre, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras" y fue reiterado en Río en 1992 en el principio 3 que establece que "el desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones futuras".

La ley 25.675 General del Ambiente lo consagra en el art. 4º bajo la siguiente formulación: "Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras".

Este principio se integra con el principio de sustentabilidad: "El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras".

En ese sentido, lo sustentable, enseña Ricardo Lorenzetti, reporta no ya una relación proporcional medio-fin (lo racional), sino una noción de equidad respecto a futuros beneficiarios. Por ejemplo, se atiende no solo a la necesidad de resguardar la cantidad de representantes una especie animal y su aporte en el eslabón del ecosistema, sino a garantizar a nuestros herederos que tal o cual especie no estará en peligro de extinción, ni menos aún desaparecida, cuando ellos habiten la tierra. Como si lo dicho fuera poco, el art. 4° de la LGA emplea otro calificativo más: el de apropiado. Y lo relaciona con el uso (principio de equidad intergeneracional) como a la gestión (principio de sustentabilidad).

Augusto M. Morello entendía que el derecho ambiental encierra "derechos humanos de cuarta generación", por su carácter intergeneracional, lo que conlleva un deber exigible: de conservación o preservación de los recursos naturales, una suerte de estipulación a favor de un tercero, o una hipoteca moral que grava a las generaciones presentes, constituida en favor de un grupo colectivo igualmente protegido: las generaciones futuras. Supone que debemos entregar a las generaciones venideras un mundo que desde la estabilidad ambiental les brinde las mismas oportunidades de desarrollo que tuvimos nosotros.

X. Principio de máxima publicidad

El art. 41 de la CN prevé la obligación por parte de las autoridades de "proveer a la información". El acceso a la información de usuarios y consumidores está reconocido en el art. 42 de la Constitución al consagrar el derecho a "una información adecuada y veraz", a favor de estos. Los Tratados con jerarquía constitucional incorporados en el art. 75, inciso 22; abren un gran abanico de derechos expresamente incorporados a la letra de la Constitución, entre ellos, el derecho de acceso a la información pública. En tal sentido, el Pacto de San José de Costa Rica, art. 13.1, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19.2. El Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental ley 25.831/2003, y el Decreto 1172/2003 que regula el acceso a la información pública en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Claude Reyes y otros Vs. Chile" (2006), dijo que "el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a 'buscar' y a 'recibir' 'informaciones', protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de

restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, 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".

Con posterioridad, se volvió a pronunciar sobre la materia en el caso: "Gomes Lund y otros Guerrilha do Araguaia vs. Brasil" (ver el trabajo de Marcela Basterra, en relación con esta temática): "Resulta esencial que, para garantizar el derecho a la información, los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho". Enfatiza que "(...) la obligación de garantizar la efectividad de un procedimiento adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados. Finalmente, ante la denegación de acceso a determinada información bajo su control, el Estado debe garantizar que exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita determinar si se produjo una vulneración del derecho de acceso a la información y, en su caso, ordenar al órgano correspondiente la entrega de esta".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene fallos memorables en la materia, en los casos "ADC c. EN-PAMI" (2012), "CIPPEC c. Estado Nacional" (2014) y "Giustiniani, Rubén H. c. YPF" (2015), entre otros.

La Ley de Acceso a la información pública 27.275 enumera los principios en los que se funda la reglamentación; a) presunción de publicidad, b) transparencia y máxima divulgación, c) informalismo, d) máximo acceso, e) apertura, f) disociación, g) no discriminación, h) máxima premura, i) gratuidad, j) control, k) responsabilidad, l) alcance limitado de las excepciones, m) *in dubio pro petitor*, n) facilitación, o) buena fe.

La presente ley tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, y se funda en los siguientes principios, en lo que aquí interesa:

X.1. Transparencia y máxima divulgación

Toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas. El acceso a la información pública solo puede ser limitado cuando concurra alguna de las excepciones previstas en esta ley, de acuerdo con las necesidades de la sociedad democrática y republicana, proporcionales al interés que las justifican.

X.2. Máximo acceso

La información debe publicarse de forma completa, con el mayor nivel de desagregación posible y por la mayor cantidad de medios disponibles.

X.3. No discriminación

Se debe entregar información a todas las personas que lo soliciten, en condiciones de igualdad, excluyendo cualquier forma de discriminación y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud. Máxima premura: la información debe ser publicada con la máxima celeridad y en tiempos compatibles con la preservación de su valor

X.4. Buena fe

Para garantizar el efectivo ejercicio del acceso a la información, resulta esencial que los sujetos obligados actúen de buena fe, es decir, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia nece-

sarios a los solicitantes, promuevan la cultura de transparencia y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional.

XI. Principio de soberanía

Para ampliar, véase el trabajo de Néstor Cafferatta y Enrique Peretti: "Nuevos desafíos del derecho ambiental. La solidaridad y la sustentabilidad como pilares del derecho ambiental", de Rubinzal-Culzoni Editores, 2019.

De conformidad con este principio de soberanía sobre los recursos naturales, "los estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que están fuera de los límites de la jurisdicción nacional" (Principio 2 de la Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo), principio reiterado en numerosos instrumentos internacionales, y que resulta concordante con la Resolución 3281 de la Asamblea General de la ONU, *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados,* cuyo art. 2.1 expresa: "Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas". Este enunciado encuentra su límite en el art. 30 del mismo instrumento: "La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados... Todos los Estados tienen la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Todos los Estados deben cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente". Los límites a que hacemos referencia se hallan en otros principios generales del DIMA, como lo son el desarrollo sostenible, *sic utere tuo ut alienum non laedas*, prevención, precaución, cooperación, principios con los que debe interactuar el principio de soberanía a los fines de determinar en cada caso el grado de su legítima aplicabilidad **(41)**.

El principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* ("usa de lo tuyo sin causar daño en lo ajeno") constituye una obligación general del Estado de asegurarse que las actividades bajo su jurisdicción y control no causen perjuicio a otros Estado o áreas fuera de su jurisdicción nacional. Ha sido proclamado en numerosos pronunciamientos arbitrales y judiciales, entre ellos los *leading cases*: el dictamen arbitral de 11 de marzo de 1941 en el as. Fundición de Trail (Estados Unidos v. Canadá); la sentencia de 9 de abril de 1949 en el as. Canal de Corfú (Reino Unido v. Albania) en la que la CIJ ha señalado que "todo Estado" "tiene la obligación" de "no permitir que su territorio sea utilizado para fines contrarios a los derechos de otros Estados". Bien ha señalado la opinión consultiva de la CIJ en el asunto relativo a la Legalidad del Uso de las Armas Nucleares en un conflicto armado (8 de julio de 1996) que "[l]a existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades bajo su jurisdicción o control respeten el medioambiente de otros Estados o de las áreas fuera de la jurisdicción nacional es en la actualidad parte del corpus del derecho internacional relativo al medio ambiente". Este principio es complementario del principio de soberanía en tanto implica el deber de respetar idéntico derecho de soberanía de otros Estados **(42)**.

En efecto, y tal como lo hemos afirmado, tanto el principio de soberanía como el principio *sic utere tuo,* no pueden ser analizados en forma aislada uno del otro, pues poseen una interrelación intensa. Pero más aún, tampoco ambos principios pueden ser abordados sin la observancia de otros dos principios fundamentales: el de prevención y el de precaución. Solo esta visión integradora de dichos principios es la que permitirá desentrañar su verdadero alcance y trascendencia jurídica.

XII. El "principio 21" de la Declaración de Estocolmo

Muy relacionado con lo expuesto en los párrafos precedentes, merece destacarse la opi-

(41) DRNAS DE CLÉMENT, ob. cit., ps. 22-23.

(42) DRNAS, DE CLÉMENT, ob. cit., p. 23.

nión de Julio Barboza **(43)**, cuando sostiene que como consecuencia del carácter novedoso de la materia ambiental "son pocos los principios que se convierten en "duros" o bien establecidos en la costumbre. Hay en cambio un cierto número de principios *emergentes* que muy probablemente, dado el dinamismo de este derecho, se consagren en tiempo relativamente breve", y destaca más adelante al *Principio 21* de la Declaración de Estocolmo como un "principio de principios" pues este es según el autor un principio más general que dice así: "De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurar que las actividades que se llevan a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional".

Este principio —explica— tiene dos parámetros, que deben hacerse compatibles. Cada uno de ellos es fuente de muchos otros principios, ya establecidos, ya emergentes, que abarcan prácticamente toda la panoplia de la protección internacional del medio ambiente. El primer parámetro se enfoca en el ámbito de libertad interna. Se basa en la soberanía territorial considerada positivamente como la competencia exclusiva y excluyente del Estado en su territorio. Sin embargo, la libertad para realizar actividades en el ámbito interno de los Estados tiene un límite, explicitado en el segundo parámetro. El segundo parámetro *ad exteros,* constituye el límite a la libertad de los Estados y consiste en no perjudicar el medio ambiente de otros Estados como resultado de las actividades realizadas dentro del ámbito de su jurisdicción **(44)**.

Respecto del desarrollo de este "Principio 21", sostiene Barboza que "así como en el derecho interno hay un derecho privado que hace al interés de las personas individualmente consideradas y otro público, donde predomina el interés del Estado, en el derecho de gentes ha comenzado a distinguirse, desde hace un tiempo, también un sector en que se siente la gravitación de la comunidad internacional: hicieron su aparición las obligaciones erga omnes, las imperativas o de *ius cogens* y consiguientemente aparecen ciertos principios jurídicos que reflejan ese interés superior de la comunidad internacional. Así sucede con el principio que consagra ciertos recursos como *patrimonio común de la Humanidad* y ciertos otros como de *interés común* de esa misma Humanidad. Del mismo modo, según dónde se descargue el daño, por ejemplo, en ciertos espacios comunes internacionales, las obligaciones de prevención y de reparación también habrán de obedecer a la protección de un interés común, que es el que predomina en aquellos espacios comunes... Esto significa que, no obstante tener los Estados derechos soberanos sobre sus recursos naturales, tienen obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto de conservarlos y utilizarlos de manera sustentable" **(45)**.

Esta visualización de obligaciones *erga omnes* y de las normas imperativas e inderogables —denominadas normas de *jus cogens*—, constituyen una especie de orden público internacional, en resguardo no solo de los derechos fundamentales de la humanidad, sino también de la preservación de los bienes ambientales comunes como garantía de supervivencia no solo de la humanidad, sino también de las restantes especies no humanas.

La cuestión para resolver en esta materia es como hacer efectivo este "principio 21". Precisamente en torno al tema de la efectividad, y en referencia al sujeto pasivo de este daño a espacios comunes, afirma Barboza que "no habría en principio ningún Estado directamente lesionado por el daño con título a una acción internacional. Se suele hablar de la Humanidad, como si fuera titular de derechos. Pero en realidad, la Humanidad no es un sujeto de derecho internacional y aunque pudiera entenderse que con esa palabra se hace referencia a la comunidad internacional, lo cierto es que tampoco esta es, hasta ahora y en materia ambiental un sujeto del derecho de gentes" **(46)**.

(43) BARBOZA, Julio, "Derecho Internacional Público", Zavalía editor, Buenos Aires, 2008, segunda edición, p. 550.

(44) Ibidem, p. 551.

(45) Ibidem, ps. 557-558.

(46) Ibidem, ps. 559-560.

Existen, según describe Barboza, en actual desarrollo diferentes enfoques para resolver el problema bajo estudio:

a) *Obligaciones convencionales:* acuerdos entre la mayoría de los Estados sobre la manera en que se utilizarán los ambientes comunes (como los referidos a la prevención del cambio climático, a la protección de la capa de ozono, a la protección de especies migratorias), permite crear obligaciones multilaterales entre los Estados. Cada Estado se obliga voluntariamente frente a otros Estados a realizar actividades en los espacios comunes de determinada manera. Es un tema complejo determinar qué Estado tendrá la legitimación pasiva para reclamar el cumplimiento de tal obligación. Ello se soluciona generalmente previendo que el Estado que realiza el reclamo pueda probar la existencia de un daño a sus intereses.

b) *Organismo representante de la Comunidad Internacional*: una consecuencia de la realización de convenciones internacionales es la creación en muchos casos de instituciones con competencias específicas como la Autoridad sobre los Fondos Marinos en la Convención sobre Derecho del Mar. Tal autoridad tiene personalidad jurídica para ser parte en procesos judiciales, por lo cual, si fuera necesario, podría ejercer tal derecho en representación de los intereses de la comunidad internacional.

c) *Obligación* erga omnes*:* otra manera de hacer efectivas estas obligaciones es considerar que cualquier Estado de la Comunidad Internacional es lesionado por daños provocados a espacios comunes, desde que la obligación de no causar daño es *erga omnes* y que estaríamos frente a una *actio popularis,* o sea una acción que correspondería a cualquier Estado por el hecho de que la violación de una obligación *erga omnes* afecta a todos los miembros de la comunidad internacional. Pero es dudoso ya que esta acción no tiene carta de ciudadanía en el derecho de gentes.

Este tema, lejos de estar resuelto, es una de las cuestiones más debatidas en la actualidad y su desarrollo es constante. La creación de mecanismos de implementación asumida por los Estados sobre sus actividades en espacios comunes, y especialmente en tratados multilaterales en materia ambiental constituye, actualmente, uno de los mayores desafíos para la comunidad internacional **(47)**.

XIII. Principio de igualdad soberana

En el ámbito del derecho internacional, el postulado de la igualdad soberana de los Estados llega con la puesta en vigor de la Carta de las Naciones Unidas (Carta de San Francisco, 1945), que establece: "la Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros".

XIV. Principio *pro persona*

Este principio informa todo el sistema de derechos humanos (Portal de Belén, F. 325:292, 306) y resulta connatural con el derecho internacional de derechos humanos (Madorrán, F. 330:1989). Impone que, en toda cuestión atinente a derechos humanos, "debe ser entendida, regulada y llegado el caso, resuelta, en el sentido más favorable a la persona humana".

Tiene su campo de aplicación en dos hipótesis (Rolando Gialdino): en la concurrencia de normas y en la interpretación de las normas. Prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos. Es el principio de la norma más favorable a las personas protegidas (Cançado Trindade). Obliga a interpretar extensivamente las normas que consagran o amplían y restrictivamente las que limitan o restringen.

(47) Ibidem, ps. 560-562.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Justicia hídrica ambiental

Doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia

Alicia Morales Lamberti (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Estado de derecho ambiental y orden público ambiental en la gestión del agua y saneamiento.— III. Integridad ecosistémica y jurídica de los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados a la totalidad de la cuenca.— IV. El paradigma ecocéntrico sistémico en la gestión de cuencas hídricas.— V. El derecho de acceso al agua y saneamiento como derecho humano y colectivo.— VI. Interdependencia y conexiones ecosistémicas entre el agua y otros componentes del ambiente natural.— VII. Gobernanza ambiental: vínculo social y funcionamiento interno.— VIII. Reflexiones finales.

I. Introducción

La gobernanza ambiental de los recursos hídricos se ha visto promovida en la última década por el resultado de un amplio e innovador corpus de decisiones judiciales emanadas de los máximos tribunales de numerosos países, así como por una fuerte asociatividad y cooperación judicial creativa de principios y estándares, gestados progresivamente desde el primer Simposio Mundial de Jueces organizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en 2002, junto con la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) **(1)**.

Desde entonces, la importancia del Poder Judicial en las cuestiones ambientales ha seguido aumentando, emergiendo promisorios resultados y mejoras significativas en la implementación y el cumplimiento del derecho ambiental de aguas, mediante la incorporación de criterios jurisprudenciales y nuevas directrices hermenéuticas de los tribunales nacionales, subnacionales e internacionales, basados en el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales de generaciones presentes y futuras y en armonía con las más relevantes Convenciones y Declaraciones Internacionales actualmente vigentes en materia ambiental.

En ese marco, el trabajo examina los recientes aportes generados por la CS, que permiten vislumbrar la emergencia de una relevante doctrina judicial en relación con la construcción y adopción de principios y estándares que operan

(*) Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Prof. titular de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales y de la Facultad de Derecho de la UNC. Miembro titular del Instituto Superior de Estudios Ambientales (UNC) y del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(1) Esta capacidad para crear capacidad y buenas prácticas judiciales para juzgar con eficacia cuestiones ambientales y desarrollar conocimientos y redes de derecho ambiental en todo el mundo, se ha desarrollado a través de la labor del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), a través de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental (CMDA), el Instituto Judicial Mundial para el Medio Ambiente, así como la Comisión Iberoamericana de Justicia Medioambiental, Cumbre Judicial Iberoamericana. Resaltan los encuentros internacionales, entre ellos el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, Río de Janeiro, Brasil (2016), con el objeto de promover el "Estado de Derecho en materia ambiental" como base legal para la justicia ambiental; el Acta de San Francisco de Quito, Ecuador, XIX Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2018) y la Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua, redactada en el marco del Octavo Foro Mundial del Agua celebrado en Brasilia, 2018, entre otros.

como guías en los procesos y decisiones judiciales relativos a la gestión ambiental integrada del agua, cumpliendo una función hermenéutica, axiológica y operativa en la implementación y el cumplimiento del derecho ambiental de aguas del siglo XXI.

La evolución reciente de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia (CSJN) ha trascendido la relevancia de las causas judiciales concretas, resignificando la fuerza y alcance de principios y reglas sustantivos y procesales ambientales. El ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible. Correlativamente, si el ambiente es considerado como un macro bien, "el uso del agua es un micro bien ambiental y, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible" **(2)**.

Si bien resulta casi imposible sustraerse al carácter paradigmático de la doctrina de los sucesivos pronunciamientos en la causa "Mendoza" **(3)**, la reciente jurisprudencia del Máximo Tribunal en relación con la gestión ambiental de aguas —en su diversidad de fallos—, ha protagonizado buena parte de los debates teóricos disciplinares. En especial, ha estimulado discusiones tendiendo puentes entre diversas vertientes de pensamiento jurídico, un diálogo disciplinar vigoroso de conceptos principios y valores que permite visualizar y hacer permeable la percepción de la efectividad del ejercicio de la jurisdicción, a través del cual la justicia ambiental puede y debe realizarse en una sociedad real.

La amplitud de temáticas y diversidad de fallos requiere limitar el objeto de este relevamiento a la selección de doctrina judicial que —gestada en la aplicación de la Ley General del Ambiente 25.675 y otras leyes sectoriales de presupuestos mínimos de protección ambiental—, es susceptible de ser analizada desde su aporte a la teoría general del derecho ambiental de aguas, auscultando su grado de innovación y correspondencia con las más modernas tendencias doctrinarias.

(2) Doctrina de Fallos: 329:2316 y 340:1695.

(3) CS, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios", sentencias del 20/06/2006 y 08/07/2008 y posteriores resoluciones relativas a la etapa de ejecución de sentencias.

II. Estado de derecho ambiental y orden público ambiental en la gestión del agua y saneamiento

Para la Corte Suprema, "el reconocimiento de estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano es la precisa y positiva decisión del constituyente 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente" **(4)**. La CN (art. 41) tutela al ambiente de modo claro y contundente y "la Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de Derecho" **(5)**.

Complementariamente, en el derecho infra constitucional se desarrollan estos derechos-deberes en la Ley General del Ambiente y en el Cód. Civ. y Com. de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado. Con ello, los derechos individuales deben ser armonizados con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240 Cód. Civil y Comercial) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1, 2 y 4 de la Ley General del Ambiente 25.675) **(6)**, en un contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados.

El objetivo de proteger, conservar y utilizar sosteniblemente los recursos hídricos y ecosistemas relacionados, con base en el conocimiento científico más reciente y consideraciones éticas evitando la regresión en dicha protección, resultan esenciales a la justicia hídrica ambiental, buena gobernanza del agua y al Estado de

(4) Causa "Mendoza", cit. (Fallos: 329:2316). En ese sentido, la Corte ha reiterado que "el reconocimiento del estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 de la CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente" (Fallos: 339:142).

(5) "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental", 26/04/2016, (Fallos: 339:515).

(6) "La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas", 01/12/2017, Fallos: 340:1695. Asimismo Cfr. Fallos: 342:917.

derecho ambiental: "(...) en la medida en que —los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio— forzosamente su operatividad abre novedosos ámbitos de deliberación política y responsabilidad jurídica insospechada pocas décadas atrás" **(7)**.

La concepción que los derechos colectivos ambientales deben ser "tomados en serio", resulta congruente con el papel propio de una judicatura independiente para sostener y hacer cumplir el Estado de derecho, así como asegurar la transparencia, rendición de cuentas e integridad en la gobernanza.

La existencia de leyes adecuadas sobre el agua, su aplicación judicial y cumplimiento efectivo resultan esenciales para la protección, la conservación y el uso sostenible de los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados **(8)**, teniendo en cuenta la importancia del ciclo hidrológico para el funcionamiento ecológico y la distribución equitativa de los beneficios y cargas ambientales.

Por su parte, el orden público ambiental se ha convertido en uno de los núcleos duros del derecho ambiental argentino. El reconocimiento de un orden público ambiental indisponible no solo suscita una mutación disciplinaria sino epistemológica, en cuanto contribuye a construir el paradigma ambiental de la decisión judicial **(9)**.

La noción de orden público ambiental no es nueva en la doctrina de la Corte. Los primeros contornos fueron delineados en el célebre fallo "Saladeristas de Barracas del Riachuelo" (1887), donde ya en esa época dicho Tribunal ponderó el impacto de las actividades humanas sobre el agua y el medio ambiente y definió los aspectos esenciales del poder de policía ambiental y su ejercicio irrenunciable por el Estado para proteger la salud pública y ambiental, frente a la contaminación hídrica **(10)**.

El carácter indisponible de la tutela del ambiente y el deber irrenunciable de los tres poderes del Estado y de los particulares en la defensa del bien de incidencia colectiva configurado por el ambiente, fue ratificado en la causa "Mendoza" **(11)**, al calificar al ambiente como un "bien colectivo el que, por su naturaleza jurídica es de uso común, indivisible y está tutelado de manera no disponible por las partes" (consid. 6º).

Con similar criterio, demostrada la existencia de un daño grave al medio ambiente por la descarga continua en el Río de la Plata de efluentes cloacales provenientes de la Capital Federal y parte de la zona urbana que rodea a esta ciudad y "ante la necesidad de que efectivamente se concreten las obras necesarias para el tratamiento de los líquidos cloacales vertidos en la zona que fueran largamente postergadas", el Tribunal consideró indispensable adoptar medidas eficaces para atender al problema descripto **(12)**. Para ello, reiteró: "La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato [del derecho] que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la es-

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

(8) Principio 8: Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua, Justicia hídrica a través de la aplicación de la legislación sobre el agua y el Estado de derecho en materia ambiental, redactada en el marco del Octavo Foro Mundial del Agua celebrado en Brasilia, 21 de marzo de 2018.

(9) LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría de la Decisión Judicial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2006, p. 425.

(10) El orden público ambiental, tomó una renovada dimensión a través de art. 41 de la CN (CN), al materializar el objetivo de asegurar un equilibrio armonioso entre el hombre y su ambiente. La Ley General del Ambiente 25.675 (LGA), a su vez, estableció que sus normas son de orden público y sus disposiciones se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en esta (art. 3°).

(11) "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)" (Fallos: 329:2316).

(12) "Municipalidad de Berazategui c. Aguas Argentinas SA s/Ordinario", 28/07/2009 (Fallos: 332:1600).

fera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales" **(13)**.

Como se observa, la concepción del Estado de derecho ambiental y el orden público ambiental se erigen como plataformas fundantes de la utilización, la gestión y la protección de los recursos de agua dulce en todas sus formas, del acceso equitativo a los servicios de agua potable y saneamiento, así como de las decisiones judiciales eficaces frente al impacto de las actividades humanas sobre el agua y el medio ambiente y la restauración tanto de los servicios como de las funciones ecológicas de las cuencas hídricas.

III. Integridad ecosistémica y jurídica de los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados a la totalidad de la cuenca

La Corte Suprema se ha pronunciado sobre la trascendencia del concepto y características del abordaje de los problemas ecológicos y jurídicos de las cuencas hídricas, destacando que "en el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia" **(14)**.

De esa concepción integral es posible destacar relevantes caracteres ecosistémicos y jurídicos paradigmáticos:

i) La Corte entiende por cuenca hidrográfica "el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común" **(15)**. Las cuencas hídricas, "son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada" **(16)**.

ii) La unidad de un sistema de curso de agua está basada en la naturaleza del ciclo hidrológico. Así "desde el punto de vista jurídico, lo más importante de este concepto (ciclo hidrológico) es que demuestra que el ambiente y los cursos de agua que lo componen, no son una mera acumulación de elementos, sino un sistema integrado que tiene un punto de equilibrio" **(17)**. La cuenca hídrica es "la unidad que comprende al ciclo hidrológico en su conjunto ligado a un territorio y a un ambiente en particular; se trata de un sistema integral que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua" **(18)**.

iii) "La cuenca hídrica es la unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular, es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo, entre otras, a los humedales" **(19)**.

iv) "La concepción misma de la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular" **(20)**. Es por esto por lo que los daños ambientales generados por eventuales casos de contaminación de acuíferos, se aparta precisamente del principio rector establecido en materia de derechos propietarios, ya que "se atiende a la custodia del ambiente como un todo y no una parte de cada uno de los daños localizados dentro del ámbi-

(13) CS, Causa "Mendoza", (Fallos: 329:2316).

(14) "Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo", 02/12/2014. Fallos: 337:1361.

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

(16) "Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051, 22/08/2019" (Fallos: 342:1327).

(17) "La Pampa, Provincia de c. Mendoza", cit. (Fallos: 340:1695).

(18) Cfr. CS, "Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental", 11/07/2019 (Fallos: 342:1203) y "Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas", B. 528. XXXVI. ORI, 03/12/2019.

(19) "Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/Acción de Amparo Ambiental" cit., (Fallos: 342:1203).

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

to exclusivo de las propiedades de los demandados" **(21)**.

v) Conforme los parámetros ecológicos anteriores, el Máximo Tribunal ha considerado que la cuenca "es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua" **(22)**. Una comprensión amplia de la compleja situación general que se plantea a nivel de gestión de cuencas hídricas "demanda conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural" **(23)**.

vi) La "importancia de abordar el conflicto desde esa perspectiva integral de cuenca hídrica", implica que la solución del caso que involucre una cuenca hídrica interjurisdiccional debe ser abordada desde una perspectiva integral, que conlleva para el Tribunal "la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales, porque los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales" **(24)**. La Cuenca, en un sentido amplio, "deberá ser el territorio que abarca la misma y aquel que pueda tener relación directa o indirecta con su saneamiento" **(25)**.

vii) En otras palabras, en la planificación, gestión y decisiones administrativas y judiciales, no debe desconocerse cuáles serán las consecuencias ambientales en toda la cuenca hídrica, obligación que emana de lo dispuesto en la ley 25.688 de presupuestos mínimos ambientales, para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional, que dispone expresamente en su art. 3° que "las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles".

viii) Además de esas connotaciones relevantes, el Máximo Tribunal reitera la importancia del ciclo hidrológico para el funcionamiento ecológico; la interconexión entre los sistemas de agua subterránea y superficial; así como la importancia de enfrentar los retos del agua dulce a nivel de cuenca **(26)**, subrayando explícitamente las condiciones que deben cumplirse, para alcanzar una evaluación ambiental que incorpore un enfoque multidimensional y policéntrico y tenga en cuenta la complejidad de las relaciones socio-ecológicas subyacentes **(27)**.

ix) En consecuencia, la regla es el tratamiento de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión, a cargo de un Organismo de Cuenca, en contraposición al manejo sectorizado de la acción **(28)**. Las cuencas son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser utilizados y conservados de manera integrada.

La territorialidad ambiental y la territorialidad federal —sostiene el Máximo Tribunal— encuentran su representación y conjugación en las autoridades interjurisdiccionales de cuen-

(21) CSJN, "Mendoza, Beatriz S. y Otros c/ Estado Nacional y otros", 19/02/2015 Fallos: 338:80.

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

(23) CSJN, "Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas". 03/12/2019.

(24) "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas", 01/12/2017 (Fallos: 340:1695), criterio reiterado en "Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051, 22/08/2019" (Fallos: 342:1327). Coincide con los "Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina" (ley 26.438), del COHIFE (Consejo Hídrico Federal) en especial el principio 19, el principio rector 22, y el principio rector 23, ya que dado el movimiento de las aguas que no reconoce fronteras político administrativos, sino leyes físicas, se refieren a las cuencas hídricas como unidad territorial más apta para la planificación y gestión coordinada de recursos hídricos.

(25) Cfr. CSJN in re "Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental", M. 356. XLVII, 27.12.2012.

(26) Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua, Justicia hídrica a través de la aplicación de la legislación sobre el agua y el Estado de derecho en materia ambiental, redactada en el marco del Octavo Foro Mundial del Agua celebrado en Brasilia, 21 de marzo de 2018.

(27) Cfr. "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental", 26/04/2016, (Fallos: 339:515).

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

ca, organismos propios del federalismo de concertación, para la coordinación del manejo racional, equitativo y sostenible del agua de las cuencas hídricas **(29)**.

x) En consecuencia, la visión del Alto Tribunal, en casos de afectación, contaminación o degradación ambiental de cuencas hídricas, "debe ser integral, holística y totalizadora" y "la gestión hídrica debe estar fuertemente vinculada a la gestión territorial, la conservación de los suelos y la protección de los ecosistemas naturales" **(30)**.

IV. El paradigma ecocéntrico sistémico en la gestión de cuencas hídricas

Como consecuencia de esa cosmovisión ecosistémica y jurídica de las cuencas hídricas, la Corte Suprema ha delineado los contornos doctrinarios de un nuevo paradigma ecocéntrico, sistémico e integral.

Así como progresivamente el constitucionalismo se abrió hacia una dimensión supranacional e internacional de los derechos y de la tutela de la dignidad humana, también el paradigma ambiental opera una transformación conceptual progresiva. Esta transformación parece abandonar su contenido central económico "antropocéntrico", para transitar hacia una dimensión "bio" y "ecocéntrica", donde la idea de desarrollo opera en favor de la preservación de la humanidad como parte de la naturaleza, en lugar de hacerlo en favor de la garantía de los recursos naturales como bienes de explotación y utilidad para la humanidad. En este sentido, para la Corte Suprema "el ambiente no es para la CN un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible" **(31)**.

Subraya el Tribunal que "la regulación jurídica del agua ha cambiado sustancialmente en los últimos años; la visión basada en un modelo antropocéntrico, puramente dominial que solo repara en la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en la utilidad pública que restringe a la actividad del Estado, ha mutado hacia un modelo ecocéntrico o sistémico; es decir no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (LGA)" **(32)**.

En ese sentido, resaltan el art. 2°, inc. e) de la LGA, que ordena "mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos" ; el art 6° *in fine*, que prescribe "garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, su capacidad de carga en general y asegurar la preservación ambiental". Con ello, la noción de territorialidad federal se relativiza, emergiendo la de territorialidad ambiental, como bien lo establece la Ley General del Ambiente **(33)**.

Complementariamente, el art. 2º del Cód. Civ. y Com. obliga al intérprete a ponderar los principios y valores jurídicos del derecho ambiental **(34)**. Las disposiciones de la Ley General del Ambiente Nº 25.675 son de orden público (art. 3º) y en relación con los principios de política ambiental, "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 principios ambientales definidos en el art. 4º de dicha ley.

La Corte Suprema recuerda que los arts. 14, 240 y 241 del Cód. Civ. y Com. también se alejan del esquema de derechos que sostienen una visión antropocéntrica centrada en la utilidad

(29) Cfr. "Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas", citado anteriormente.

(30) "Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051, 22/08/2019" (Fallos: 342:1327).

(31) "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas", 01/12/2017, Fallos: 340:1695. Se pone de resalto que la regulación jurídica del agua ha pasado de un modelo antropocéntrico, puramente dominial, -que en gran medida está presente en este conflicto interjurisdiccional resuelto mediante la sentencia de 1987-, a un modelo ecocéntrico sistémico.

(32) CSJN, "Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas", 03/12/2019.

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

(34) "Art. 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en 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".

esencialmente económica, para mutar hacia un estadio más amplio y ecocéntrico: el ejercicio de los derechos individuales "no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial" (art. 240), en un contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes individuales y colectivos involucrados **(35)**.

Ese modelo ecocéntrico y sistémico adoptado por la Corte, se traslada a la necesaria concepción de unidad ambiental de gestión de las cuencas hídricas interjurisdiccionales, que se encuentra prevista con claridad y contundencia, en la normativa de la ley 25.688 ("Régimen de Gestión Ambiental de Aguas", art. 3°).

Con ello, el paradigma ecosistémico integral y la concepción de unidad ambiental de gestión de las cuencas hídricas, remite a los "Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina" del COHIFE (ley 26.438), que exige la necesidad de adoptar una gestión de unidad integral de la cuenca (Principio Rector Nº 17), poniendo de relevancia que "[l]a gran diversidad de factores ambientales, sociales y económicos que afectan o son afectados por el manejo del agua avala la importancia de establecer una gestión integrada del recurso hídrico (en contraposición al manejo sectorizado y descoordinado)" **(36)**.

El Estado y los particulares, entonces, tienen la obligación de cuidar y promover el bienestar de la naturaleza, independientemente de su valor para los seres humanos, al igual que de imponer limitaciones a su uso y explotación. El paradigma ecocéntrico exige que se deberán adoptar medidas legales y de otra índole para proteger y restablecer la integridad de los ecosistemas, al igual que para mantener y mejorar la resiliencia de los sistemas socio-ecológicos. En la elaboración de políticas y leyes y en la toma de decisiones, el mantenimiento de una biosfera saludable para la naturaleza y la humanidad deberán ser de primordial consideración **(37)**.

Consecuencia de esta nueva cosmovisión, un aspecto novedoso que introduce la reciente doctrina judicial, es el concepto de funcionamiento del ecosistema (o de uno de sus componentes), con la noción de resiliencia **(38)**. Conviven así, "derechos a la naturaleza" y "derechos de la naturaleza", donde "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" **(39)**.

De este nuevo paradigma ecocéntrico se derivan los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*, que fijan un nuevo "mandato de optimización" constitucional a modo de criterio sistemático, valorativo y de interpretación jurídica de las decisiones normativas y judiciales. Se plantea así, un orden público ambiental de coordinación federal, basado en el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas vitales; preservación de biomas, la diversidad genética y cultural; y utilización sostenible de las especies y de los ecosistemas: "Siendo el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada" **(40)**.

Es claro que la cosmovisión que subyace a este paradigma ha venido operando en la ju-

(35) Cfr. "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas", 01/12/2017, Fallos: 340:1695. Asimismo Cfr. Fallos: 342:917.

(36) "Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051, 22/08/2019" (Fallos: 342:1327).

(37) Cfr. Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, Rio de Janeiro, Brasil, 2016.

(38) CAFFERATTA, Néstor - LORENZETTI, Pablo, "Jurisprudencia ambiental de la Corte Suprema de Justicia Argentina", IUCN, 15 noviembre 2018.

(39) Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, Ult. Cit.

(40) CSJN, "Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas", B. 528. XXXVI. ORI 03/12/2019.

risprudencia del Máximo Tribunal, ha implicado un redimensionamiento de los principios de política ambiental, bajo el criterio superior de *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*, consistente en que ante una tensión entre principios y derechos en conflicto la autoridad debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la protección y restablecimiento de la integridad de los ecosistemas, el mantenimiento y mejora de la resiliencia de los sistemas socioecológicos y la garantía y disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que la vulnere, limite o altere **(41)**.

Bajo el principio *in dubio pro aqua*, la Corte ha sostenido que las controversias en torno al "recurso estratégico agua" no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos **(42)**. Ello, por cuanto la caracterización del ambiente como "un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible" cambia sustancialmente el enfoque del proceso ambiental y la decisión judicial, que no solo deben atender a las pretensiones de las partes, sino que exige ponderar el escenario subyacente que involucra cuestiones de mayor alcance, comprendiendo una amplia región y se vincula con derechos de incidencia colectiva de múltiples afectados, tutelados por la CN.

Esa ponderación judicial hará mérito de "una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados intra e intergeneracionales. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan" **(43)**.

Fue en la causa "Majul" **(44)** donde la Corte Suprema ratificó la necesidad de que los jueces consideren los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* como pautas hermenéuticas genéricas. Siguiendo expresamente los términos del Principio 5 (*in dubio pro natura*) de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de derecho en materia ambiental (2016) y de la Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua (2018) **(45)**, estableció que "en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales y no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos" **(46)**.

Como se observa, cuando se menciona "en caso de duda" como precondición a la operatividad del principio *in dubio pro natura*, en el lenguaje de la Corte se evidenciaría una conexión entre el principio precautorio y los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*,

(41) Cfr. "Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/Acción de Amparo Ambiental", 11/07/2019 (Fallos: 342:1203).

(42) Cfr. Fallos: 340:1695: "La solución de un conflicto ambiental, como un litigio entre dos provincias por el uso y aprovechamiento de un río interprovincial, requiere de conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales, en tanto, entre otros, hay que tener en cuenta no solo la cantidad de agua que debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial para que mantenga su sustentabilidad, sino también el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente".

(43) Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad, 04/06/2019 (Fallos: 342:917).

(44) Fallos: 342:1203.

(45) Principio 5 — Justicia hídrica y precaución: El principio precautorio debería aplicarse en la resolución de disputas relacionadas con el agua dulce. Aún a pesar de la incertidumbre científica o la complejidad respecto de la existencia o el alcance de los riesgos de daños graves o irreversibles al agua, la salud humana o el medio ambiente, los jueces deberían sostener u ordenar la adopción de las medidas protectoras necesarias, considerando la mejor información científica disponible; Principio 6 — In dubio pro agua: En congruencia con el principio In dubio pro natura, en caso de incertidumbre, las controversias ambientales e hídricas ante las cortes deberán resolverse, y las leyes aplicables interpretarse, de la manera en la cual sea más probable proteger y conservar los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados.

(46) "Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/Acción de Amparo Ambiental", 11/07/2019 (Fallos: 342:1203).

por el hecho de que ambos actúan ante la duda o incertidumbre. La aplicación del principio precautorio, como principio jurídico de derecho sustantivo, es una guía de conducta también para la administración que "(...) requiere una reflexión profunda, científicamente probada, socialmente participativa y valorativamente equilibrada" **(47)**.

El giro ontológico en la doctrina judicial se ratifica al distinguir el papel del agua en el mantenimiento de la vida y los ecosistemas, así como de la importancia de reflejar la interdependencia entre el agua y otros elementos del ambiente natural, especialmente los suelos, el subsuelo y los bosques, incluyendo las conexiones ecosistémicas relevantes, en las decisiones judiciales sobre controversias relacionadas con el agua dulce y la administración de justicia hídrica **(48)**: "La visión y regulación jurídica del agua basada en un modelo antropocéntrico y puramente dominial que solo tiene en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella, ha cambiado sustancialmente en los últimos años en favor de un paradigma jurídico que ordena que la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente" **(49)**.

Como contrapartida de los riesgos y conflictos del agua por escasez, se desprende la obligación estatal de destinar recursos para combatir la sequía grave o desertificación, con una visión que comprenda toda la cuenca: "La lucha contra la desertificación implica enfocarse en la oferta de agua, y no solo en el derecho al agua como demanda. Ello significa que es necesario identificar posibles fuentes de provisión con una mayor amplitud, abarcando toda la cuenca y las regiones afectadas" **(50)**. El manejo racional, equitativo y sostenible del agua en la cuenca, requiere una combinación de obras y regulaciones que deben ser acordadas entre todos los sectores y jurisdicciones de esta, atendiendo a la dinámica del agua, con una visión de conjunto, mediante planes, programas, proyectos y obras orientados a la resolución de la problemática de las inundaciones, anegamientos y sequías que afectan a la cuenca entendida como unidad de planificación, ordenamiento y gestión territorial.

V. El derecho de acceso al agua y saneamiento como derecho humano y colectivo

Durante las últimas décadas se produjo un notable desarrollo de la legislación internacional en materia de derechos humanos en el ámbito del agua y el saneamiento. En 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) aprobó su Observación General Nº 15, que reconoce que el derecho al agua es un componente implícito, pero esencial, del derecho a disfrutar de un nivel de vida. Posteriormente, a través de la Resolución 64/292 (2010), la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que agua potable limpia y saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La Resolución exhorta a los Estados, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos **(51)**.

El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. A diferencia de otros servicios públicos, la prestación del servicio de agua y saneamiento debe contemplar distintas variables sociales, económicas, ambientales y culturales que se encuentran implicadas, por cuanto el derecho al agua potable y el saneamiento es jerarquizado como

(47) CSJN, Fallos: 335:387.

(48) Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua, redactada en el marco del Octavo Foro Mundial del Agua celebrado en Brasilia, 21 de marzo de 2018.

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

(50) CSJN, Fallos: 340:1695 ult. cit.

(51) Vid. Resolución A/HRC/RES/21/2 del Consejo de Derechos Humano de la ONU, que pone especial énfasis al tema de la asequibilidad de los servicios de agua potable y saneamiento, el financiamiento y sostenibilidad de los sistemas, la cooperación internacional, la participación ciudadana y la rendición de cuentas. Insiste en la necesidad de que los países adopten un enfoque de derechos humanos en la gestión del agua y emitan nueva normativa acorde con dicho enfoque (Consejo de Derechos Humanos, 2012).

un derecho humano. En ese sentido, los principios de universalidad, equidad y cobertura resultan inherentes del derecho humano al agua, con el fin de garantizar la universalidad del acceso al agua potable y saneamiento.

Con ello, la concepción del derecho al agua como derecho humano a la satisfacción de necesidades básicas de uso, consumo y saneamiento y el correlativo rol que asume el Estado respecto a su provisión, impide concebir al agua potable exclusivamente desde una perspectiva de economía de mercado **(52)**. Su acceso se relaciona con la prestación de servicios públicos, pero bajo una visión ampliada de los principios que gobiernan la prestación de estos, ya que su tratamiento es el de un bien social destinado a la mejora de los resultados en términos de salud pública, reducción de la pobreza, el desarrollo económico y social y el medio ambiente.

El cambio de paradigma que supone el reconocimiento del derecho al agua como derecho humano básico y derecho colectivo incide directamente en los requisitos administrativos y procesales para acceder a su defensa, cualquiera sea la calidad del concesionario (privado o estatal) **(53)**.

La disponibilidad del acceso al agua y saneamiento implica también el cumplimiento de las condiciones de cantidad y calidad suficientes en las que el servicio debe ser prestado (niveles de presión, composición química, potabilidad del agua, etc.).

Parte esencial de la regla de "continuidad" de la prestación del servicio de agua potable se basa en que toda persona tiene derecho a gozar de un medio ambiente sano y el agua es un elemento vital para el hombre y en relación con el uso de los servicios, los usuarios tienen derecho a la protección de su salud y seguridad, los que se ven resentidos ante el corte del servicio de provisión de agua o su reducción. La atemperación de los efectos de los cortes del servicio de provisión de agua potable, por tratarse de la provisión de agua potable de un servicio insustituible, ha sido considerada cualquiera sea la causa, garantizando la provisión de un mínimo de agua potable para cubrir las necesidades vitales de una familia, hasta cubrir 200 litros diarios como dotación de consumo mínimo doméstico **(54)**; o bien garantizando la entrega de agua envasada con las condiciones de potabilidad garantizadas y de calidad apta para el consumo humano, hasta tanto el servicio se restituya con la normalidad requerida.

La defensa del derecho al agua y al saneamiento requieren el acceso efectivo a la justicia para actuar frente a sistemas de provisión de agua y saneamiento deficientes, cuando se plantean —entre otros—, conflictos relativos a: a) la interrupción o desconexión arbitraria o injustificada; b) los aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio del agua y saneamiento; c) el suministro del agua no apta para consumo humano; d) la contaminación de acuíferos y disminución de los recursos de agua en detrimento de la salud humana y el ambiente y e) la ausencia de regulación y control eficaz de los servicios de suministro de agua y saneamiento.

Como consecuencia inevitable, surge la necesidad del establecimiento de vías procesales específicas para su defensa **(55)**, por cuanto se

(52) Cfr. Organización Panamericana de la Salud: Agua y Saneamiento: Evidencias para políticas públicas con enfoque en derechos humanos y resultados en salud pública, Washington, D.C. OPS, 2011.

(53) Los derechos humanos son neutrales en cuanto a modelos económicos y modalidades de prestación de servicios. Los Estados pueden recabar la participación de actores no estatales en la prestación de servicios, como empresas privadas. Sin embargo, la delegación del servicio de suministro de agua y saneamiento no exime al Estado de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

(54) La provisión domiciliaria de bidones de agua potable, no inferior a los 200 litros mensuales por persona, ha sido el parámetro de respeto a la salud y dignidad humana de un pronunciamiento de la Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, confirmando el pronunciamiento para que se suministre agua potable, de conformidad con los niveles de arsénico, cloruros, floruros y sólidos dispuestos en el Código Alimentario Argentino, atento a los altos niveles de arsénico que registraba el agua de consumo en una localidad (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires "Kersich Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo -Legajo art. 250 C.P.C.C.-", 22.02.2012).

(55) Cfr. CSJN, in re "López, María Teresa c/ Santa Cruz, Provincia de y otros", 26/02/2019 (Fallos: 342:126): "Corresponde requerir informes al Estado Nacional, a la

plantea en este ámbito la noción del conflicto colectivo como algo suficientemente distinto del conflicto tradicional individual representado en la relación prestador-usuario.

Por su parte, el ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos **(56)**, cuando p. ej., se produce un corte del servicio de agua potable, o la presión o calidad del agua no se corresponden con parámetros técnicos o sanitarios, representa uno de los campos más frecuentes de configuración de conflictos sociales en materia de agua y saneamiento, por cuanto si bien en principio se afectaría a usuarios individuales, el mismo hecho reconoce una causa fáctica homogénea común a muchos usuarios, existiendo un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados, cuyo ejercicio individual representa variados problemas de acceso a la justicia.

La evolución de la jurisprudencia sobre derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, cuando el conflicto se plantea en relación con el derecho al agua y saneamiento, implica realizar un primer y breve análisis aproximativo sobre los avances que —en términos de garantía consolidada— se han sucedido en este campo.

La legitimación constitucional del defensor del pueblo para iniciar acciones judiciales fue analizada en relación a la limitación introducida por el legislador en el art. 21 de la ley 24.284 al consignar: "Si iniciada la actuación se interpusiere por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención", determinándose que "debe entenderse referida exclusivamente a la representación del afectado directo sin que ello constituya óbice para su intervención en los supuestos que constituyen problemas generales susceptibles de afectar intereses difusos o colectivos (...) la pretendida exclusión de la actuación del defensor del pueblo como consecuencia de la intervención del particular afectado, o de una asociación, desnaturaliza el texto constitucional en la materia" **(57)**.

La admisión de acciones para la defensa de derechos de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos, ha tenido progresiva recepción aún con anterioridad a la causa "Halabi". Según este precedente judicial, la intención del constituyente plasmada en el art. 43 de la CN fue crear una categoría especial de legitimados para promover acción de amparo en circunstancias en las cuales "el dato caracterizante reside en la proyección del agravio —protección de los derechos difusos o colectivos— y no necesariamente en la concurrencia o gran número de perjudicados", doctrina judicial que no puede cuestionarse con fundamento en la legitimación individual que tiene cada uno de los usuarios para reclamar su derecho, cuando se observa que la acción intentada resulta, la más idónea para la efectiva protección de una gran cantidad de usuarios afectados por la interrupción de un servicio público.

Estos cambios en los criterios jurisprudenciales cobran especial trascendencia, habida cuenta que la defectuosa prestación de este tipo de servicios públicos es susceptible de provocar daños con impacto social y ambiental.

Por su parte, la defensa del derecho al agua y saneamiento y la calidad del servicio resulta justificada "si se toma en consideración que la materia no puede ser reducida a un mero conflicto contractual entre los titulares del servicio y la empresa prestadora atento que el déficit señalado en la demanda atañe a un número con-

Provincia de Santa Cruz y a la Provincia de Chubut en el marco de una acción de amparo ambiental colectivo con el objeto de que se asegure el efectivo acceso al agua potable en cantidad y calidad suficiente a toda una población, como medidas preliminares previas a la definición de la competencia de la Corte".

(56) La CN admite en el 2º párrafo del art. 43 una tercera categoría de derechos, conformada por aquellos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos —entre ellos derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y los derechos de usuarios y consumidores-, en cuyo caso existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

(57) Cfr. CSJN, in re "Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional -P.E.N.- M.E. - dec. 1738/1992 y otros/ proceso de conocimiento", 24/5/2005 (Fallos 328:1652).

siderable de vecinos de distintos barrios", lo que obliga a contemplar la posible existencia de "afectados no contratantes" que refieren a intereses trascienden los meros derechos subjetivos o intereses legítimos que se canalizan a través de los recursos administrativos ordinarios.

Con anterioridad la Corte Suprema de Justicia estableció el carácter erga omnes de una sentencia dictada en una causa en donde se ventiló la plena vigencia de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos de usuarios del servicio de provisión de agua potable **(58)**, resolviendo que "corresponde dejar sin efecto la sentencia que no asignó efectos erga omnes al fallo de la Corte Suprema que declaró la invalidez del sistema de facturación de consumos globales del servicio de aguas, al considerar que la falta de tratamiento de la legitimación del defensor del pueblo, aceptado como parte actora junto con la usuaria afectada, importaba que el pronunciamiento solo producía efectos para los inmuebles supuestamente 'individualizados', pues el reconocimiento implícito de su carácter de legitimado activo supone la existencia de una especial vinculación con la cuestión debatida y que el éxito de su pretensión reportará alguna utilidad o beneficio a quienes representa o evitará un perjuicio o un menoscabo en sus derechos".

En consecuencia, el Máximo Tribunal reiteró en lo que hace a nuestro interés, el efecto erga omnes de su sentencia, por cuanto la participación y los planteos del defensor del pueblo, "se vinculaban a la protección de derechos de incidencia colectiva, los cuales adquieren una particular dimensión social por tratarse de la defensa de usuarios de un servicio esencial, función constitucional que fue invocada por dicho órgano desde el inicio de las actuaciones".

Por ello, siendo que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y constituye condición previa para la realización de otros derechos humanos, la CS *in re* "Kersich" **(59)**, ha aportado a la progresividad de este derecho, adicionando la valoración de su dimensión colectiva y ecocéntrica: "La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado; esta visión ha cambiado: ahora el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente".

Más ampliamente, el Máximo Tribunal ha reconocido 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" a través de un proceso colectivo (art. 43 CN), pues "procura la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable".

Conforme todo ello, en la causa "Kersich", la Corte reconoció que estando en juego el derecho humano al agua potable debía mantenerse la cautelar dispuesta por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se cumpliera con lo ordenado, por cuanto existía en el caso, la necesidad de una tutela judicial urgente, "en la medida que está 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".

VI. Interdependencia y conexiones ecosistémicas entre el agua y otros componentes del ambiente natural

El paradigma ambiental en la doctrina judicial también se expresa en las controversias relacionadas con el agua dulce y la administración de justicia hídrica, debido a la interdependencia entre el agua (en sus diferentes estados, como glaciares y ambiente periglaciar) y otros elementos del ambiente natural, especialmente los

(58) CSJN: "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Serv. Públicos", 11/08/2009.

(59) "Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo", 02.12.2014. Más recientemente, Cfr. "Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza", sentencia del 01.12.2017. párr. 8º del consid. 5.

suelos, el subsuelo y los bosques nativos, incluyendo las conexiones ecosistémicas relevantes.

La actuación de la Corte introdujo mejoras significativas en la implementación y el cumplimiento del derecho ambiental de aguas, en diversas causas judiciales donde se plantearon afectaciones de la calidad y cantidad de las aguas superficiales y subterráneas generadas por actividades extractivas, donde generalmente coincide el enclave de proyectos mineros con las fuentes de numerosos cursos de agua que irrigan los territorios más bajos y la explotación prevé utilizar aguas subterráneas, de modo que tanto el uso de este tipo de aguas como el de las superficiales se verán afectadas, ya sea por el empleo de un volumen masivo de agua para la explotación como por la generación de desechos contaminantes, lixiviados y posibles filtraciones **(60)**.

Similar paradigma ecocéntrico aplicó el Máximo Tribunal, cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente que involucran los micro bienes ambientales en los términos de la Ley de Glaciares **(61)**. El Tribunal 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" **(62)** .

Para ello, observó que el legislador conectó los efectos de ciertos procesos extractivos —más específicamente, la posible incidencia de la minería a gran escala en ciertas regiones del país— sobre la preservación y conservación de los glaciares como "reservas estratégicas proveedoras de agua para el planeta". Asimismo, en la misma causa "Barrick", teniendo presente que la Ley de Glaciares crea además el Inventario Nacional de Glaciares para "determinar los principales factores climáticos que afectan la evolución de las reservas estratégicas de recursos hídrico en el corto y largo plazo" e "identificar posibles impactos por la pérdida de las masas de hielo que podría tener sobre el manejo de los recursos hídricos y otras actividades humanas asociadas" (art. 3), dio cuenta de 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, según el Acuerdo de París.

La perspectiva global emergente del derecho del cambio climático y la justicia climática, basada en el reconocimiento formal de la relación entre derechos humanos y cambio climático, frente a la afectación de la capacidad de los ecosistemas para actuar como reguladores del clima y poder mitigar los efectos del cambio climático antropogénico, invita a la Corte 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".

Igualmente, la perspectiva ecocéntrica y sistémica, con dimensión intra e intergeneracional, se ha evidenciado frente a obras de infraestructura destinadas al uso de aguas para la generación de energía eléctrica, sin el cumplimiento del proceso administrativo de evaluación de impacto ambiental previo. En el caso, el Tribunal hizo lugar a una acción de amparo ambiental destinada a impedir el comienzo de la construcción de dos represas, que implicaban trabajos de una magnitud considerable, con fundamento en que "el gran potencial para modificar el ecosistema de toda la zona, requiere medir adecuadamente sus consecuencias teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras, por lo que se hace necesario

(60) Cfr. Entre muchos otros precedentes: "Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera Limited y otro s/ sumarísimo" 23/02/2016 (Fallos: 339:142); "Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", 02/03/2016 (Fallos: 339:201) y "Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 04/06/2019 (Fallos: 342:917).

(61) Ley 26.639 que estableció el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y el Ambiente Periglacial.

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

asegurar la sustentabilidad del desarrollo que se emprende y en consecuencia, el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado" **(63)**.

Otra estrategia de protección ambiental de cuencas hídricas, desde una perspectiva integral, ha sido evidenciada en diversos fallos de la Corte Suprema, en procesos donde se planteaban conflictos relativos a desmontes de bosques nativos **(64)**, cuyos principales servicios ambientales son la regulación hídrica, la conservación de la biodiversidad, la conservación del suelo y de calidad del agua entre muchos otros.

La definición normativa de bosque nativo contiene en sí misma la perspectiva ecocéntrica sostenida por la Corte **(65)**, por cuanto según los criterios de sustentabilidad ambiental para el ordenamiento territorial de los bosques nativos (Anexo ley 26.331), el ordenamiento territorial de bosques nativos debe considerar el "potencial de conservación de cuencas", que consiste en determinar las existencias de áreas que poseen una posición estratégica para la conservación de cuencas hídricas y para asegurar la provisión de agua en cantidad y calidad necesarias. En este sentido tienen especial valor las áreas de protección de nacientes, bordes de cauces de agua permanentes y transitorios, y la franja de "bosques nublados", las áreas de recarga de acuíferos, los sitios de humedales o Ramsar, áreas grandes con pendientes superiores al cinco por ciento (5%), etcétera.

VII. Gobernanza ambiental: vínculo social y funcionamiento interno

La destacada evolución del derecho ambiental y de derecho ambiental de aguas en particular, en la doctrina judicial de la Corte, no ha sido fruto del azar. Desde diciembre del año 2004, con la asunción de la Presidencia del Dr. Ricardo L. Lorenzetti, la Corte Suprema como cabeza de uno de los poderes del Estado, ha trabajado en su función jurisdiccional con especial trascendencia en las cuestiones vinculadas con la justicia ambiental, tanto en su vínculo con la comunidad como en su funcionamiento interno, ejerciendo una influencia institucional permanente en la mejora de la transparencia del acceso a la información ambiental, la gobernanza ambiental y el impulso al derecho ambiental.

Por una parte, se creó el Sistema de Gestión Ambiental aplicable a la CS (acordada 35/2011), con el fin de orientar, integrar, coordinar, supervisar, evaluar y garantizar la aplicación de las políticas, planes, proyectos y acciones destinados a la protección del ambiente y contribuir a la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Complementariamente, la acordada 16/2013 definió la política ambiental de la organización, creando una Comisión de Ambiente y Sustentabilidad para desarrollar tales fines, integrada por un Comité Ejecutivo conformado por funcionarios de ese Tribunal y por un Comité Consultivo cuya misión entre otras, fue realizar un relevamiento de causas ambientales en trámite en cada jurisdicción; crear un micrositio de fallos fortaleciendo la accesibilidad electrónica de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre temas ambientales y con ello, colaborar en la creación del Portal Judicial Ambiental, de la Cumbre Judicial Iberoamericana y su Programa de capacitación.

(63) "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental", 26/04/2016 (Fallos: 339:515), (Voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda).

(64) Cfr. Entre muchos otros: CSJN, "Salas, Dino y Otros c/ Salta, Provincia de y otro", 26.03.2009 (Fallos: 332:663); "Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/Acción de Amparo Ambiental", CSJ 000714/2016/RH001, 11/07/2019 (Fallos: 342:1203); Comunidad Indígena Eben Ezer c/ Provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción y otro s/ Amparo (Fallos: 331:2119) y "Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/ recurso", 05/09/2017 (Fallos: 340:1193).

(65) Art. 2°.- "Considéranse bosques nativos 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".

Con directa incidencia en la mejora del principio de acceso democrático a la justicia ambiental, y a los fines de procurar una mayor y mejor intervención de actores sociales, mediante instrumentos democráticos de participación procesal, y con ello, alcanzar los altos propósitos perseguidos de pluralizar y enriquecer el debate constitucional, así como de fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales dictadas por esta Corte Suprema en cuestiones de trascendencia institucional, la acordada 7/2013 introdujo modificaciones en el régimen que regula la participación de los Amigos del Tribunal en las causas judiciales radicadas ante ese Estrado (acordadas 28/2004 y 14/2006).

Asimismo, frente al incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país, la Corte creó el Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación (acordada 32/2014), que funciona con carácter público, gratuito y de acceso libre, en el ámbito de la Secretaría General y de Gestión del Tribunal.

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, 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.

En este fortalecimiento de la gobernanza ambiental interna de la Corte, resalta la acordada 1/2014, por la que se creó bajo la Superintendencia directa de la CS, la Oficina de Justicia Ambiental, la que entre sus múltiples misiones y funciones de coordinación gestión y capacitación, se constituyó en el primer organismo de diagnóstico de la situación de la justicia ambiental en todo el país **(66)**, mediante el relevamiento de datos e investigaciones de la estructura y decisiones jurisdiccionales, identificando así, diferentes problemáticas regionales, métodos de solución de conflictos, grado de conocimiento de la temática del público en general y consolidación de las políticas de Estado del Poder Judicial, relativas a su transparencia.

Finalmente, esta progresiva institucionalidad ambiental, surgida desde diciembre del año 2004 y reafirmada hasta el presente, sea en su vinculación con la justicia ambiental y su relación con la comunidad, así como en su funcionamiento interno, quedó consolidada mediante la acordada 8/2015. Con ella, la CS se ubica como pionera entre los máximos tribunales del mundo, en la promoción de instrumentos que procuren satisfacer de manera eficiente las necesidades de la sociedad, entre las que se encuentran el acceso efectivo a la justicia ambiental.

Para cumplir esos trascendentes objetivos, mediante la acordada 8/2015 dispuso la creación de una "Secretaría de Juicios Ambientales" en el ámbito de la CS, la que tiene como misión técnica jurídica, la gestión de litigios masivos de casos ambientales, que tengan por objeto el bien colectivo ambiente o algunos de sus componentes; así como coordinar las diversas tareas que ya se venían realizando en relación con temas vinculados a la justicia ambiental.

VIII. Reflexiones finales

El derecho de acceso al agua y al saneamiento y la articulación de la gestión hídrica con la gestión ambiental se ubica en el centro de todos los sistemas jurídicos y de las decisiones jurisdiccionales. Como contrapartida, el agua dulce y los ecosistemas críticos relacionados para la realización de los derechos a la vida y la salud se encuentran en una continua degradación, creando nuevas formas de desigualdad social y económica que amenazan la seguridad humana y la integridad ambiental de los ecosistemas.

El sentido de los vínculos y límites jurídicos con la naturaleza, como componente ontológico del paradigma ecocéntrico y sistémico postulado por la Corte Suprema, fueron incorporados tímidamente a nuestro sistema jurídico. En las últimas décadas, el Máximo Tribunal no se posiciona como observador imparcial que describe el derecho y los valores, sino que construye y

(66) A estos fines la acordada invita a los superiores tribunales de justicia de las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires a celebrar convenios con la Corte Suprema.

afianza progresivamente una teoría sustantiva y procesal del derecho ambiental de aguas.

La emergencia de tan relevante doctrina judicial posiciona a la CS, en el artífice más destacado en la construcción y adopción de principios y estándares que operan como guías en los procesos y decisiones judiciales relativos a la gestión ambiental integrada del agua, cumpliendo una función hermenéutica, axiológica y operativa en la implementación y el cumplimiento del derecho ambiental de aguas del siglo XXI.

Si bien los precedentes jurisprudenciales sistematizados, se imprimen en una tendencia mundial cuyos resultados concretos responden a la emergencia ambiental y climática de nuestro tiempo, el mérito de la Corte se evidencia en la persistente creación pretoriana e implementación efectiva de conceptos, principios y valores que además de provocar el diálogo y discusión disciplinar sobre las bases de diversas construcciones de la teoría general del derecho ambiental, su doctrina judicial adquiere un sentido eminentemente político, que tienen como punto de partida el conocimiento de la alteridad de la naturaleza en tanto que superación de su imagen cosificada. Es que la verdad y las formas jurídicas que le corresponden se desprenden y se construyen dentro de formas de saber y formas de poder (Foucault, 1995).

Con ello, la justicia hídrica ambiental enraíza en una verdadera ética de la vida y para la vida, desde donde se asume que el hombre no solo es titular de derechos humanos, sino igualmente titular de responsabilidades que deben ser asumidas individual y colectivamente. Un sistema de gobernanza, podría decirse, basado en un Estado de derecho ecológico fundado en un sentido transformado de democracia, en el que tanto las personas como las comunidades acepten su condición de ciudadanos ecológicos del mundo y su responsabilidad de respetar los complejos engranajes de la biósfera. Este tipo de democracia restablecería los vínculos de las personas con los fundamentos ecológicos que las sustentan.

DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO

Protección del ambiente con medidas cautelares. Cuenca hídrica afectada por un pozo de petróleo abandonado. Preservación del medio ambiente. Competencia originaria de la Corte Suprema.

Con nota de Pablo Lorenzetti

1. — Si resulta manifiestamente verosímil que habría una afectación severa o contaminación por derrame de un pozo petrolero abandonado, de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional, del bien colectivo ambiental, identificado como una cuenca hídrica, compuesta en su conjunto y unidad ecosistémica, por el arroyo Yuto, afluente del río San Francisco, que desagua en la cuenca del río Bermejo; y que habría efectiva degradación ambiental o afectación, de un área natural especialmente protegida, categorizada legalmente como Reserva Natural Estricta, Parque Nacional Calilegua, en la provincia de Jujuy, cuya conservación es prioritaria, no solo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras; la solución del caso requiere la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales. Ello es así porque los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales.

2. — En el caso, se ve configurado también el peligro en la demora, ya que de la información aportada surge que la actividad de un pozo de petróleo abandonado en una reserva ambiental estricta, si bien ha ido disminuyendo, importaría una continua degradación que solo desaparecerá con el cierre definitivo de la explotación y si bien es cierto que existe legislación provincial que lo exige, a la fecha no parecería contar con un plan de trabajo con identificación de pasivos ambientales, plazos ciertos de implementación y costos de la actividad.

3. — Debe aplicarse, de manera prioritaria, el principio de prevención (art. 4°, ley 25.675) y en la duda técnica, el principio precautorio, que dan fuerza y justifican la anticipación de la prestación jurisdiccional, mediante la cautelar de cesación y suspensión de la actividad petrolera en el Parque Nacional Calilegua y en el pozo Ca.e3.

4. — El derecho ambiental, dentro del cual se inscribe la necesaria defensa de los Parques Nacionales y de las Reservas Estrictas, frente a actividades prohibidas, tiene en nuestro sistema legal, jerarquía y tutela constitucional (art. 41, CN). A la luz del 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 ambiente; más aún cuando estamos en presencia de una reserva de biodiversidad, cuya protección está directamente vinculada con la explotación que hace el hombre de estos recursos y la necesidad de protección ante la pérdida irreparable y definitiva de estos.

5. — Al tratarse de la protección de un Parque Nacional considerado reserva de biosfera y parte integrante de una cuenca hídrica, se debe considerar en el dictado de una medida de cese de explotación de hidrocarburos, la aplicación del principio *in dubio pro natura* que establece que, en caso de duda, todos los procesos deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales; y no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios de los mismos; ello conjuntamente con el principio *in dubio pro aqua* 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.

6. — Estando reunidos los requisitos de procedencia de la cautelar, en el caso, no corresponde exigir contracautela real. La manifiesta verosimilitud del derecho, la relevancia del bien colectivo en juego (Parque Nacional), la urgencia en la necesidad de adoptar medidas de prevención, y el ejercicio de las amplias facultades judiciales, dispuestas en el art. 32 de la ley 25.675, que diseña un papel del juez alejado de la figura del juez espectador, del proceso adversarial clásico, así lo justifican.

7. — 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.

8. — La alegada contaminación proveniente de un pozo de petróleo, cuyos efluentes desaguan en el arroyo Yuto, importaría el compromiso de un recurso interjurisdiccional, ya que este último es afluente del río San Francisco, atravesando en un tramo al Parque Nacional Calilegua e impactando finalmente en la cuenca hidrográfica del río Bermejo, que abarca las provincias de Chaco, Formosa, Jujuy y Salta, como así también el art. 3º de la ley 25.688 —Régimen de Gestión Ambiental de Aguas— que establece que las cuencas hídricas son una unidad ambiental de gestión de recurso y se consideran indivisibles, se configura un presupuesto de competencia originaria de la Corte Suprema *ratione materiae.*

9. — La causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema al constatar que, una repartición autárquica del Estado nacional —la Administración de Parques Nacionales— y un estado provincial —la provincia de Jujuy— son parte en el pleito.

10. — La contaminación denunciada dentro de un Parque Nacional, que se produciría por la actividad hidrocarburífera desplegada en una Reserva Estricta, de alto contenido de biodiversidad lleva a plantear la necesidad de accionar la cláusula constitucional de protección ambiental ya que el reconocimiento de estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 de la CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente.

11. — Si en el caso no se ha citado aún al Estado provincial, el que, por lo tanto, no ha podido invocar todavía la prerrogativa que ostenta a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema por mandato constitucional, es prematura la incompetencia decretada, por lo que deberá seguir conociendo el Juzgado Federal de Jujuy n.° 2 (del voto en disidencia de la Dra. Highton de Nolasco).

CS, 25/02/2021. - Saavedra, Silvia Graciela y otro c. Administración Nacional de Parques Nacionales Estado nacional y otros s/ amparo ambiental.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/951/2021]

FSA 018805/2014/CS001

Suprema Corte

- I -

A fs. 166/262, Silvia Graciela Saavedra y Ramón Héctor Luna, en su calidad de vecinos de las localidades de Lozano y de San Salvador de Jujuy (Provincia de Jujuy), respectivamente, ubicadas -la primera- en la región declarada por la UNESCO como Reserva de Biósfera de las Yungas y -la segunda- en su zona de influencia, promovieron -ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de Jujuy N° 2- demanda de amparo por daño ambiental colectivo, en los términos de los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional y 30 de la Ley General del Ambiente 25.675, contra la Administración de Parques Nacionales (A.P.N.), el Estado Nacional, la Provincia de Jujuy, YPF S.A. (en su carácter de continuadora de Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.E.), la Unión Transitoria de Empresas Petróleos Sudamericanos S.A. Necon S.A. , Pluspetrol S.A., JHP International Petroleum Engineering Ltda., Jujuy Energia y Minería S.E. (J.E.M.S.E.), Felipe Frognier y el Municipio de Yuto a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad y nulidad absoluta de la continuidad de la explotación petrolera en el yacimiento Caimancito, situado dentro del Parque Nacional Calilegua y de la omisión en el ejercicio del poder de policía ambiental en el pozo Caimancito e3 (Ca.e3) ubicado en las inmediaciones del mencionado parque nacional, así como de los actos administrativos que autorizaron aquella actividad (adjudicación de la concesión por parte del Estado Nacional y aprobación de la cesión de la explotación petrolera emanada del Poder Ejecutivo de la Provincia de Jujuy); asimismo, que se ordene el cese de las conductas generadoras del daño ambiental colectivo, que se imponga a sus responsables el deber de recomponer progresiva y gradualmente el ambiente y que se exija a la empresa concesionaria de la explotación petrolera la contratación del seguro ambiental previsto por la ley 25.675.

Refirieron que dentro del Parque Nacional Calilegua (creado en 1979 luego de que el Poder Ejecutivo Nacional aceptara -por medio del decreto 1733/79- la donación de tierras efectuada por la Provincia de Jujuy para afectarlas a ese destino) se encuentra el yacimiento Caimancito, cuya explotación hidrocarburífera comenzó en 1969 a cargo de Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.E., que la continuó hasta que, mediante el decreto nacional 1275/92, se otorgó la concesión del área por un plazo de 25 años a la U.T.E. Necon S.A. Petróleos Sudamericanos S.A.

Señalaron que en 1996 la A. P. N. y la concesionaria del yacimiento firmaron un acta acuerdo en la que se estableció un plan de mitigación de pasivos ambientales dejados por Y.P.F. S.E., el cual -según afirmaron- fue incumplido por la empresa.

También aludieron a distintas comunicaciones enviadas durante 2007 y 2008 desde la Intendencia del Parque Nacional Calilegua a las autoridades de la Provincia de Jujuy, al operador del yacimiento y al fiscal federal de la jurisdicción, en las que alertaba acerca de los riesgos que implicaba el mantenimiento de la actividad petrolera en el yacimiento Caimancito y denunciaba la contaminación existente en el arroyo Saladito, así como el derrame de petróleo crudo producido por la rotura de una línea de conducción del fluido.

Manifestaron que, a pesar de todo ello, por medio del decreto provincial 687/08 se autorizó la cesión de derechos y obligaciones entre la U.T.E. Necon S.A. Petróleos Sudamericanos S.A. Y Pluspetrol S.A. y que, posteriormente, el gobernador provincial dictó el decreto 9347/11 por el que autorizó a Pluspetrol S.A., en su carácter de titular de la concesión de explotación del área "Caimancito", a ceder el 100% de su participación en los derechos y obligaciones de dicha concesión a favor de JHP International Petroleum Engineering Ltda., empresa que en 2013 firmó una carta de intención con J. E. M. S. E. para establecer las bases de trabaj o de la futura unión transitoria de empresas para la exploración y explotación de hidrocarburos y sus derivados en el yacimiento "Caimanci to" por un período de 24 años.

Describieron que en ese yacimiento se habrían perforado 34 pozos, de los que solo 12 se encontrarían en producción, bajo condiciones deficientes de seguridad ambiental dentro de un área natural protegida en la que se encuentra prohibida la actividad petrolera.

Por otra parte, mencionaron que en 1997 el Departamento Técnico de la Policía de Hidrocarburos de la Secretaría de Minería, Industria y Recursos Energéticos de la Provincia de Salta comprobó la existencia de daño ambiental en el pozo Ca.e3, hecho que fue puesto en conocimiento de la A.P.N., oportunidad en la que advirtieron que se encontraba colapsado y se producía un escape y derrame de agua termal con películas de crudo que drenaban hacia un' arroyo de agua dulce (el arroyo Yuto). Agregaron que en 2000, los guardaparques del Parque Nacional Calilegua detectaron alta salinidad en aguas del mismo arroyo, causada por el abandonado pozo Ca.e3, y que en 2001 la Comisión Regional del Río Bermejo (COREBE) inició gestiones para dar solución al problema de contaminación de la cuenca de dicho río, generado por el pozo en cuestión.

Sostuvieron que la actividad petrolera llevada a cabo en aquellos lugares resulta violatoria de lo dispuesto por el arto 41 de la Constitución Nacional y las leyes 22.351, 17.319 Y 25.675.

Atribuyeron responsabilidad a la A. P. N. por el ejercicio deficiente y antijurídico de la función que le fue asignada por ley; al Estado Nacional, por haber autorizado la continuidad de la explotación petrolera luego de la creación del Parque Nacional Calilegua y omitido realizar la recomposición del ambiente en la zona del abandonado pozo Ca .e3; .a la Provincia de Jujuy, en tanto dictó actos administrativos que aprobaron cesiones de derechos y obligaciones derivados de la concesión petrolera, los que vulneran la prohibición de la actividad petrolera en zonas de reserva natural, y porque omitió realizar acción alguna tendiente a recomponer el ambiente dañado por el derrame del pozo Ca.e3 y sancionar a los responsabl·es; a YPF S.A., en virtud de ser la continuadora de Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.E., empresa que perforó los 34 pozos del yacimiento Caimancito y el pozo Ca.e3 y colocó tanques, piletas y válvulas, entre otras instalaciones; a las restantes empresas (la Unión Transitoria de Empresas Petróleos Sudamericanos S.A. - Necon S.A., Pluspetrol S.A., JHP International Petroleum Engineering Ltda., J.E.M. S.E.), en su calidad de continuadores de una actividad legalmente prohibida como es la explotación del yacimiento dentro del Parque Nacional Calilegua; a Felipe Frognier, en su condición de titular dominial del inmueble en el que está situado el pozo Ca. e3 del que manan liquidos salinos que contienen metales pesados y contaminan el arroyo Yuto, por no haber formulado las denuncias pertinentes ni exigido la recomposición del ambiente afectado; y al Municipio de Yuto (Provincia de Jujuy), por ser titular del poder de policia originario en materia ambiental.

Como medida cautelar, pidieron que se dispusiera el cese inmediato de los efectos de los actos administrativos dictados como consecuencia de la aprobación y autorización de la cesión de los derechos y obligaciones de Pluspetrol S .A. ,a favor de JHP International Petroleum Engineering Ltda., asi como los de los actos administrativos relativos a la aprobación de los proyectos de trabajos y de aquellos relacionados con la aprobación del estudio de impacto ambiental por parte de la Unidad de Gestión Ambiental Minera Provincial jujeña -UGAMP-; también solicitaron, con carácter precautorio, que se ordenara la suspensión inmediata de la extracción de petróleo y de todos los trabajos vinculados a esa actividad, la abstención de impedir la realización de los trabajos destinados al relevamiento y obtención de pruebas, y de realizar modificación alguna sobre la ubicación del pozo Ca.e3. Asimismo, requirieron la anotación de la litis en la Inspección General de Justicia, en los Registros Públicos de Comercio de las respectivas jurisdicciones, en los libros de accionistas de las empresas codemandadas y en el Registro Inmobiliario de la Provincia de Jujuy·

A fs. 272/274, el juez a cargo del Juzgado Federal de Jujuy N° 2 declaró su incompetencia para entender en la causa y dispuso su remisión al Tribunal, en razón de que se encontraba demandada una provincia y las pretensiones deducidas constituían una cuestión de naturaleza federal.

A fs. 277 se corrió vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

- II -

Ante todo, corresponde señalar que no resulta prematura la declaración de incompetencia que efectuó oportunamente -a mi juicio- el juez federal a fs. 272/274.

En efecto, ello es así en virtud de los fundamentos expuestos en el dictamen de este Ministerio Público del 20 de julio de 2006 in re A.373, XLII., Originario "A.F.I.P. c/ Neuquén, Provincia del s/ejecución fiscal", publicado en Fallos: 331:793, a los que me remito brevitatis causae.

- III -

Cabe recordar que el Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 Y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el arto 24, inc. 1 , del decreto-ley 1285/58) porque, de· otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el arto 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986 (Fallos: 312:640; 313:127 y 1062; 322:1514 y 325:3525, entre otros).

Sentado lo expuesto, entiendo que el asunto radica en determinar si en el sub examine se configuran dichos requisitos.

Por regla general, las causas referidas a cuestiones ambientales, en principio, corresponden a la competencia de los jueces locales, según lo dispone el arto 41, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, pues establece que le cabe a la Nación "dictar las normas que contengan los presupuestos minimos de protección" y reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas. Dicho texto consti tucional se complementa con el art. 32 de la Ley General del Ambiente, 25.675, que prescribe que la competencia judicial "será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia" (v. también Fallos: 318: 992) .

Sentado ello, en los procesos referidos a cuestiones ambie·ntales la competencia originaria procede si es parte una provincia y la causa reviste naturaleza exclusivamente federal, para lo cual es necesario que configure la interjurisdiccionalidad prevista en el arto segundo párrafo, de la Ley General del Ambiente, que dispone que la competencia corresponderá a los tribunales federales cuando "el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales".

En ese sentido, es dable resaltar que la Corte, a través de distintos precedentes ha delineado los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar la procedencia de dicha competencia federal en razón de la materia ambiental, al establecer que, en primer término, hay que delimitar el ámbito terri torial afectado, pues, como lb ha previsto el legisládor nacional, corresponde que se trate de un recurso ambiental interjurisdiccional (Fallos: 327:3880 y 329:2316) o de un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial (Fallos: 330:4234; 331:1679).

Asimismo, es preciso recordar que la definición ue la natu·raleza federal del pleito debe ser realizada con especial estrictez, por lo que resulta imprescindible demostrar, con alguna evaluación científica, la efectiva contaminación o degradación -según los términos de la Ley General del Ambientede tal recurso ambiental interjurisdiccional, esto es, la convicción debe necesariamente surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá sostener la pretendida interjurisdiccionalidad, o, en su defecto, la de alguna evidencia que pruebe que resulta verosímil la afectación de las jurisdicciones involucradas (Fallos: 329:2469 y 330:4234) .

Sentado lo expuesto, encuentro conveniente señalar que, desde mi punto de vista, la pretensión esgrimida por la parte actora puede separarse en dos partes. Por un lado, la referente a los daños ambientales causados por el pozo Ca.e3, el cual se encuentra ubicado fuera del Parque Nacional Calilegua y en jurisdicción de la Provincia de Jujuy; por el otro, la vinculada con la contaminación ambiental producida por la explotación petrolera que se lleva adelante dentro del parque nacional mencionado.

Con relación a la primera, tengo para mí que la mentada interjurisdiccionalidad del recurso ambiental presuntamente afectado queda suficientemente acredi tada·, al menos en esta etapa inicial del proceso, con los elementos de prueba agregados a la causa, de los que surge que. del pozo Ca.e3, que se encuentra en estado de abandono, surgen fluidos contaminantes que son vertidos en el arroyo Yuto cuando atraviesa el territorio de la Provincia de Jujuy, curso de agua que luego ingresa al Parque Nacional Calile-

gua y desemboca en el río San Francisco, el que posteriormente confluye con el río Bermejo, cuya cuenca es administrada por la Comisíón Regional del Río Bermejo (COREBE) , organismo interjurisdiccional conformado por el Poder Ejecutivo Nacional y las Provincias del Chaco, de Formosa, de Jujuy, de Salta, de Santa Fe y de Santiago del Estero, creado por medio de un convenio ratificado por la ley nacional 22.697 Y por leyes de cada una de las provincias que lo integran, que tiene por objetivo el aprovechamiento integral, racional y múltiple de los recursos hidricos de la cuenca del río Bermejo.

En tal sentido, la Ley del Régimen de Gestión de Aguas, 25.688, dispone que se entiende "por cuenca hídrica superficial, a la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas" (art. 2°), la cual es considerada como una "unidad ambiental" de gestión del recurso, de carácter "indi visible" (art. 3 0) -

A su vez, en el art 6° puntualiza que para poder utilizar las aguas objeto de la ley se deberá contar con el permiso de la autoridad competente y que "(e) n el caso de las cuencas interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo, será vinculante la aprobación de dicha utilización por el Comité de Cuenca correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen".

Por otra parte, los actores fundan la existencia de la alegada contaminación del recurso ambiental interjurisdiccional con la documentación que obra en la causa, emanada de la A.P.N. (v. fs. 27/30, 34/38, 62/75), de las Direcciones Provinciales de Politicas Ambientales y Recursos Naturales y de Minería y Recursos Energéticos de la Provincia de Jujuy (v. fs. 47/48 y 49/51, respectivamente), de la COREBE (v. fs. 155/159 y 164/165) Y de la Subsecretaria de Combustible de la Secretaría de Energía del Ministerio de Economia de la Nación (v. fs. 160/163), así como del informe de evaluación ambiental agregado a fs. 76/153. De dicha documentación resulta que del abandonado pozo Ca. e3 surge agua de formación a una elevada temperatura con un alto contenido de sales e hidrocarburos, fluido contaminante -que, según los informes agregados a la causa, encuadraría como "residuo peligroso" en los términos de la ley 24.051 (v. fs. 47/50 y 62/75)- que, al verterse en el arroyo Yuto, ingresa en la cuenca del río Bermejo.

En consecuencia, a mi juicio, el pleito corresponde a la competencia originaria de la Corte, en razón de la materia, pues es parte una provincia en una causa de manifiesto contenido federal, en tanto se encuentra en juego la preservación y protección de una cuenca interjurisdiccional (conf. las leyes 25.675 General del Ambiente y 25.688 del Régimen de Gestion de Aguas). Además, entiendo que la causa está comprendida en el art. 10 de la de la ley nacional 24.051, pues debe ser la justicia federal quien determine si aquellos líquidos pueden considerarse "residuo peli.groso" en los términos de sus anexos I y 11 Y si podrían afectar a las personas o al medio ámbiente más allá de los límites de la provincia donde son generados (arg. art. 58), cuestión que a esta altura del proceso no puede descartarse.

Pero también, corresponde a esa competencia en razón de las personas, pues la Provincia de Jujuy ha sido demandada junto con el Estado Nacional, quien concurre como parte necesaria a integrar la litis en virtud de la naturaleza federal del caso en examen (Fallos: 329:2316).

Asi lo pienso, toda vez que se le atribuye responsabilidad a la provincia de Jujuy, por no haber ejercido suficientemente el poder de policía medio ambiental en la jurisdicción donde es titular de dominio del recurso ambiental que se pretende tutelar, y también lo es el Estado Nacional, en virtud de la naturaleza federal de dicho recurso natural, tal como lo sostuvo V. E. en las causas "Mendozall' y \'\Pla , Fallos: 329:2316 y 331:1243, respectivamente, esto es, para que, en su caso, ambos deban recomponer (art. 31 de la LGA) .

Además, aunque el factor degradante del ambiente se encuentre -en el caso del pozo Ca.e3- dentro de los límites de la Provincia de Jujuy, la descarga de los fluidos contaminantes que emanan de dicha perforación en el arroyo Yuto, que luego ingresa en el Parque Nacional Calilegua, autoriza a concluir, dentro del limitado marco de conocimiento de la cuestión de competencia en examen, que sería necesario disponer que el Estado Nacional o la A.P.N. recompongan el medio ambiente sometido a su jurisdicción.

Por ello, puede afirmarse que concurren en la causa los extremos que autorizan a considerar la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en razón de la propia naturaleza de la relación jurídica controvertida que vincula a las partes en el proceso, la cual, a mi juicio, es de carácter inescindible, pues exige ineludiblemente la integración de la litis con los titulares del dominio de los bienes colectivos afectados, a los fines de que la sentencia pueda ser pronunciada útilmente.

En cuanto a la pretensión vinculada con la contaminación que -según se afirma en la demanda- tiene lugar dentro del Parque Nacional Calilegua como resultado de la explotación petrolera que allí se lleva

adelante, cuyo cese se reclama, a mi modo de ver, la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte, en atención a la naturaleza de los intervinientes en el proceso pues, según la exposición de los hechos que la actora efectúa en la demanda, así como también el origen de la acción y la relación de derecho existente entre ellos (Fallos: 311:1791 y 2065; 322:617, entre otros), el Estado Nacional, la A.P.N. y la Provincia de Jujuy son parte nominal y sustancial y conforman un li tisconsorcio pasivo necesario, en los términos del arto 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, surgen intereses contrapuestos entre el Estado Nacional y la A.P.N., por un lado, y la Provincia de Jujuy, por el otro, pues mientras el primero reviste la condición de titular del dominio de las tierras que conforman el Parque Nacional Calilegua (v. decreto 1733/79 y art. 2 o de la ley 22.351) y, como tal, tiene a su cargo el poder de policía ambiental en esa jurisdicción territorial, y la A.P.N., ente autárquico del Estado Nacional que tiene competencia y capacidad para actuar respectivamente en el ámbito del derecho público y privado -arto 14-, tiene por función la fiscalización de los parques nacionales, así como su conservación y manejo en estado natural, de su fauna y flora autóctonas y, en caso necesarío, su restitución, para asegurar el mantenimiento de su integrídad, en todo cuanto se relacione con sus particulares características fisiográficas y asociaciones bióticas animales y vegetales -arto 18-, la Provincia demandada es la titular del dominio originario de los yacimientos de hidrocarburos que se encuentran en su territorio (arts. 124 de la Constitución Nacional y 1° de la ley 26.l9}), cuya administración le corresponde (art. 2° de la ci tada ley) y en tal carácter ha autorizado cesiones de los derechos y obligaciones derivados de la concesión de explotación de hidrocarburos que se lleva a cabo dentro del Parque Nacional Calilegua, en contra -según la actora- de lo dispuesto por los arts. 4° y 5°, incs. b, d y k, de la ley 22.351 y 79, inc. d de la ley 17.319.

Por ello, no seria aplicable a estos autos la doctrina sentada por el Tribunal en Fallos: 329:2316 "Mendoza", ya que en el sub judice los codemandados conforman un litisconsorcio pasivo necesario, en razón de la propia naturaleza de la relación jurídica controvertida que vincula a las partes en el litigio, de carácter inescindible (conf. causa P.l045, L.XLIII, Originario, "Papel Prensa S.A. cl Estado Nacional Provincia de Buenos Aires citada como tercero si acción meramente declarativa - incidente de medida cautelar", dictamen del 21 de mayo de 2008 y sentencia del 10 de agosto de 2010).

En virtud de lo expuesto, en razón de las prerrogativas jurisdiccionales que a cada uno le asisten, al Estado Nacional y a la A.P.N. de litigar ante el fuero federal, según lo dispuesto en el arto 116 de la Ley Fundamental, y a la Provincia de Jujuy, de hacerlo en la instancia originaria de la Corte, de conformidad con el arto 117 de la Constitución Nacional, la única forma de conciliar ambos privilegios es sustanciando el pleito en esta última (Fallos: 320:2567; 322:2038; 323:1110; 324:2859 y 330:3777, entre muchos otros), cualquiera sea la materia del pleito.

No obstante esto último, desde mi punto de vista cabe asignar manifiesto contenido federal a la materia en debate a la que aqui se hace referencia, en tanto la actora cuestiona el decreto 1275/92 del Poder Ejecutivo Nacional y dos decretos locales (decretos 687/08 Y 9347/11 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Jujuy) por ser contrarios a diversas leyes nacionales (arts. 4 ° Y 5 0, incs. 'b', 'd' Y 'k', de la ley 22.351; 79, inc. 'd', de la ley 17.319) y, en consecuencia, a la Ley Fundamental.

En tales condiciones, lo medular del planteamiento que se efectúa remite necesariamente a desentrañar el sentido y los alcances de los referidos preceptos federales, cuya adecuada hermenéutica resultará esencial para la justa solución de la controversia y permitirá apreciar si existe la mentada violación constitucional (Fallos: 311:2154, cons. 4°, entre otros).

Además, toda vez que la pretensión exige dilucidar si el accionar proveniente de la autoridad local interfiere el áTObi to que le es propio a la Nación en lo concerniente al cumplimiento de los fines específicos de un establecimiento de utilidad nacional, como son los parques nacionales (v. Fallos: 327:429; 329:5160; 335:323 y la causa FSA 1880S/2014/CS1 "Misiones, Provincia de el Estado Nacional y otro si nulidad de acto administrativo", sentencia del 13 de mayo de este año), considero que la causa se encuentra entre las especialmente regidas por la Constitución Nacional, a las que alude el arto 2°, inc. l°, de la ley 48, pues versa sobre la preservación de las órbitas de competencia entre los poderes del gobierno federal y los de un Estado provincial, lo que hace competente a la justicia nacional para entender en ella (doctrina de Fallos: 329:2684; 333:60; 335:23, entre otros).

-IV-

Opino, por lo tanto, que el proceso corresponde a la instancia originaria del Tribunal. Buenos Aires, septiembre de 2015. – *Laura M. Monti*

Buenos Aires, 25 de febrero de 2021

Considerando:

1°) A fs. 166/262, Silvia Graciela Saavedra y Ramón Héctor Luna, invocando –respectivamente- su cali-

dad de vecinos de las localidades de Lozano y de San Salvador de Jujuy (Provincia de Jujuy), ubicadas -la primera- en la región declarada por la UNESCO como Reserva de Biósfera de las Yungas y –la segunda- en su zona de influencia, promovieron ante el Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de Jujuy demanda de amparo por daño ambiental colectivo, en los términos de los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional y 30 de la Ley General del Ambiente 25.675, contra la Administración de Parques Nacionales, el Estado Nacional, la Provincia de Jujuy, YPF S.A. (en su carácter de continuadora de la empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.E.), la unión transitoria de empresas Petróleos Sudamericanos S.A. Necon S.A. , Pluspetrol S.A. , JHP International Petroleum Engineering Ltda., Jujuy Energia y Minería S.E. (J.E.M. S.E.), Felipe Frognier y el Municipio de Yuto, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad y nulidad absoluta de la continuidad de la explotación petrolera en el yacimiento "Caimancito", situado dentro del Parque Nacional Calilegua y de la omisión en el ejercicio del poder de policía ambiental en el pozo "Caimancito e3" (también identificado como Ca.e3), ubicado en las inmediaciones del mencionado parque nacional, así como de los actos administrativos que autorizaron aquella actividad, entre los que se encuentra la adjudicación de la concesión por parte del Estado Nacional y aprobación de la cesión de la explotación petrolera efectuada por la Provincia de Jujuy. Postularon también, que se ordene el cese de las conductas generadoras del daño ambiental colectivo, que se imponga a sus responsables el deber de recomponer progresiva y gradualmente el ambiente y que se exija a la empresa concesionaria de la explotación petrolera la contratación del seguro ambiental en los términos previstos por la ley 25.675.

Refirieron que dentro del Parque Nacional Calilegua, creado en 1979 mediante la donación de tierras efectuada por la Provincia de Jujuy, se encuentra el yacimiento "Caimancito", cuya explotación hidrocarburífera comenzó en 1969 a cargo de Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.E., que la continuó hasta que, mediante el decreto nacional 1275/92, se otorgó la concesión del área por un plazo de 25 años a la U.T.E. Necon S.A. Petróleos Sudamericanos S.A.

Señalaron que en 1996 la Administración de Parques Nacionales y la concesionaria del yacimiento firmaron un acta acuerdo en la que se estableció un plan de mitigación de pasivos ambientales dejados por la empresa petrolera estatal, el cual -según afirmaron- fue incumplido. En la presentación inicial también se alude a distintas comunicaciones efectuadas por la intendencia del mencionado parque nacional y dirigidas al gobierno de la provincia de Jujuy, a la concesionaria del área e incluso al fiscal federal de Jujuy, en las cuales se alertaba sobre los riesgos que implicaba el mantenimiento de la actividad petrolera en el yacimiento, al tiempo que se denunciaba la contaminación existente en el arroyo Saladito, así como el derrame de petróleo crudo producido por la rotura de una línea de conducción del fluido.

Manifestaron que, sin perjuicio de tales advertencias, el gobierno provincial autorizó la cesión de derechos y obligaciones entre la U.T.E. Necon S.A. Petróleos Sudamericanos S.A. y Pluspetrol S.A. y, posteriormente, autorizó a Pluspetrol S.A., en su carácter de titular de la concesión de explotación del área "Caimancito", a ceder el 100% de su participación en los derechos y obligaciones de dicha concesión a favor de JHP International Petroleum Engineering Ltda., empresa que -en 2013- habría suscripto una carta de intención con J.E.M. S.E. para establecer las bases de trabajo de la futura unión transitoria de empresas para la exploración y explotación de hidrocarburos y sus derivados en el yacimiento "Caimancito" por un período de 24 años.

Describieron que en el yacimiento se habrían perforado 34 pozos, de los que solo 12 se encontrarían actualmente en producción, bajo condiciones deficientes de seguridad ambiental dentro de un área natural protegida en la que se encuentra prohibida la actividad petrolera. Refirieron que se comprobó la existencia de daño ambiental en el pozo Ca.e3, circunstancia que fue puesta en conocimiento de la Administración de Parques Nacionales. Del mismo modo, señalaron que los guardaparques del Parque Nacional Calilegua detectaron alta salinidad en aguas del arroyo Yuto, causada por el abandonado del pozo. Relataron que, en 2001, la Comisión Regional del Río Bermejo (COREBE) inició gestiones para dar solución al problema de contaminación de la cuenca de dicho río, generado por el pozo en cuestión.

Sostuvieron que la actividad petrolera llevada a cabo en aquellos lugares resulta violatoria de lo dispuesto por el art. 41 de la Constitución Nacional y las leyes 22.351, 17.319 y 25.675.

Atribuyeron responsabilidad a la Administración de Parques Nacionales por el ejercicio deficiente y antijurídico de la función que le fue asignada por ley; al Estado Nacional, por haber autorizado la continuidad de la explotación petrolera luego de la creación del Parque Nacional Calilegua y omitido realizar la recomposición del ambiente en la zona del pozo abandonado; a la Provincia de Jujuy, en tanto dictó actos administrativos que aprobaron cesiones de derechos y obligaciones derivados de la concesión petrolera, los que vulneraron la prohibición de la actividad petrolera en zonas de reserva natural, y por cuanto omitió realizar acción alguna tendiente a recomponer el ambiente dañado por el derrame del pozo Ca.e3 y

sancionar a los responsables; a YPF S.A., en virtud de ser la continuadora de Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.E., empresa que perforó los 34 pozos del yacimiento "Caimancito", el pozo Ca.e3 y colocó tanques, piletas y válvulas, entre otras instalaciones; a las restantes empresas (la Unión Transitoria de Empresas Petróleos Sudamericanos S.A.-Necon S.A., Pluspetrol S.A., JHP International Petroleum Engineering Ltda., J.E.M. S.E.), en su calidad de continuadores de una actividad legalmente prohibida como es la explotación del yacimiento dentro del Parque Nacional Calilegua; a Felipe Frognier, en su condición de titular dominial del inmueble en el que está situado el pozo Ca. e3, por no haber formulado las denuncias pertinentes ni exigido la recomposición del ambiente afectado; y al Municipio de Yuto (Provincia de Jujuy) por ser titular del poder de policía originario en materia ambiental.

Asimismo solicitaron que se dicte, como medida cautelar, el cese inmediato de los efectos de los actos administrativos dictados como consecuencia de la aprobación y autorización de la cesión de los derechos y obligaciones de Pluspetrol S.A. a favor de JHP International Petroleum Engineering Ltda., así como los de los actos administrativos relativos a la aprobación de los proyectos de trabajos y de aquellos relacionados con la aprobación del estudio de impacto ambiental por parte de la Unidad de Gestión Ambiental Minera de la Provincia de Jujuy. También pidieron que, con carácter precautorio, se ordene la suspensión inmediata de la extracción de petróleo y de todos los trabajos vinculados a esa actividad, como también de los destinados al relevamiento y obtención de pruebas. Asimismo, solicitaron que se abstenga de realizar modificación alguna sobre la ubicación del pozo Ca.e3 y, requirieron la anotación de la litis en la Inspección General de Justicia, en los registros públicos de comercio de las respectivas jurisdicciones, en los libros de accionistas de las empresas codemandadas y en el registro inmobiliario de la Provincia de Jujuy·

2°) Que a fs. 272/74 el juez a cargo del Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de Jujuy se declaró incompetente para entender en la causa por considerar que el proceso debe tramitar ante la instancia originaria de la Corte, en razón de que se encuentra demandada una provincia y las pretensiones deducidas constituyen una cuestión de naturaleza federal.

3°) Que de acuerdo con jurisprudencia de este Tribunal (conf. "Lavado, Diego Jorge y otros", Fallos: 330:111; "Salas, Dino y otros", Fallos: 331:2797 y 2925; CSJ 175/2007 (43-V)/CS1 "Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental", sentencia del 24 de abril de 2012), y sin perjuicio de la decisión que pudiera recaer en el momento de expedirse sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, los hechos denunciados motivaron la adopción de medidas conducentes a obtener mayor información relevante en torno a la situación ambiental del yacimiento Caimancito y del Parque Nacional Calilegua.

4°) Que de tal manera, el Tribunal requirió informes (I) al Estado Nacional (Secretaría de Energía de la Nación), (II) a la Provincia de Jujuy, (III) a la Administración de Parques Nacionales y (IV) a la Comisión Regional del Río Bermejo (COREBE) (fs. 296 y 296 vta.), que todos contestaron.

5°) Que según luce del informe Nota DP 2804 de la Defensoría del Pueblo de la Nación, agregado en copia a fs. 362, Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado (YPF SE), inició la explotación del Yacimiento Petrolero Caimancito (YPC) en el año 1969, alcanzando el récord de producción diaria (7000 m3/día), pero al no lograrse nuevos hallazgos la producción fue disminuyendo considerablemente.

Se destaca que del informe elevado por nota N° 197/SCA-2018 del Gobierno de Jujuy- Secretaría de Ambiente- Secretaria de Calidad Ambiental (fs. 599, surge que se relevaron 35 pozos en el Área CON- 3 Yacimiento Caimancito (YPC), que corresponden a la totalidad de los pozos del área. De esos pozos relevados 12 son productivos, 20 están inactivos y 3 son pozos inyectores, de los cuales está activo uno de ellos. Del informe resulta que "en ningún pozo productivo se observó contaminación en la locación, tampoco en los pozos inyectores".

6°) Que YPF S.E. continuó la explotación del Yacimiento Petrolero Caimancito (YPC) hasta que en el año 1992, tras su privatización, y en el marco del proceso de la ley 24.145 de Federalización de Hidrocarburos, el Poder Ejecutivo Nacional adjudicó -en Concurso Público Internacional N° 1/92, por decreto 1275/92- y otorgó la concesión del área a la UTE PETRÓLEOS SUDAMERICANOS S.A. – NECON S.A. La vigencia de la concesión se estableció en 25 años (2017), con posibilidad de una prórroga de 10 años.

7°) Que fruto de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, "las Provincias recuperan el poder originario sobre el subsuelo", lo que, conforme se indica precisamente a fs. 606, "en la práctica significó la transferencia" de las áreas concesionadas, a las respectivas jurisdicciones provinciales, en este caso Jujuy, por lo que "mediante el decreto n° 687/02 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Jujuy se autorizó la cesión de la concesión del Yacimiento Caimancito operado por la UTE PETRÓLEOS SUDAMERICANOS S.A. – NECON S.A. a favor de PLUSPETROL SA."

Asimismo, mediante decreto 9347/2011 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Jujuy, se autorizó un nuevo traspaso de la concesión del Yacimiento Caimancito a favor de JHP INTERNATIONAL PETROLEUM ENGINEERING LTD.

8°) Que finalmente, con fecha 14 de junio de 2013, JHP INTERNATIONAL PETROLEUM ENGINEERING LTD firmó una carta intención en donde le cedió a PETRO SA, todos los derechos, acciones y obligaciones relacionados al área, decidiéndose constituir a tal fin la UTE JEMSE- PETRO AP SA- CAIMANCITO, la cual se instrumentó el 29 de octubre de 2014, con una vigencia de 24 años, aunque según lo considera el Gobierno de la Provincia de Jujuy, a fs. 606, omitió "serias formalidades que hacen a la misma sin valor legal", que desarrolla más adelante.

9°) Que en relación con el pozo Caimancito E-3, ubicado en Concesiones Área CON- 4 (fs. 606), en 1969/1970, P S.E. perforó el mencionado pozo (fs. 597) resultando estéril y siendo abandonado conforme la normativa vigente en ese momento (Decreto-Ley N° 33.598).

Según resulta de fs. 606, en el año 1995, por decreto 173 del Poder Ejecutivo Nacional se otorgó a las empresas HINTON PRODUCTION CO. W.B. HINTON DRILLING CO, HINTON ARGENTINA SA Y PET-JA SA un permiso de exploración sobre el área.

Con fecha 6 de noviembre de 1995, HINTON ARGENTINA cambió su denominación social a REEF ARGENTINA SA y posteriormente, a DIADEMA DEL NORTE SA, ambas continuadoras de la primera.

Por Decisión Administrativa 186/97, la Jefatura de Gabinete de Ministros autorizó la cesión de un porcentaje de las participaciones de las empresas W.B. HINTON DRILLING CO, HINTON PRODUCTION CO Y PET-JA SA a favor de REEF ARGENTINA SA. Durante 1998 por Decisión Administrativa N° 83 los titulares del permiso de exploración pasaron a ser: DIADEMA DEL NORTE SA, CÍA GENERAL DE COMBUSTIBLES SA, PET- JA SA y HINTON PRODUCCION CO.

Con fecha 14 de noviembre de 2006 las empresas CÍA GENERAL DE COMBUSTIBLES SA y DIADEMA DEL NORTE SA transfirieron a GRAN TIERRA ENERGY ARGENTINA SA, la totalidad de su participación en la concesión de la explotación del lote, por lo cual las empresas GRAN TIERRA ENERGY ARGENTINA SA, HINTON PRUDCTION CO y PET- JET SA solicitaron una nueva concesión de explotación sobre el presente lote.

Por último, con fecha 23 de octubre de 2009 se decidió por resolución de la Secretaria de Energía N° 12/09 otorgar la concesión a las empresas referidas en el párrafo anterior.

10°) Que la Provincia de Jujuy llevó a cabo el llamado a licitación pública de la obra mencionada "Pozo PF. JJ.CA.e-3 (Jujuy, Caimancito: Prevención y mitigación de efectos nocivos sobre el ambiente y restauración de los sistemas ecológicos del área afectada", en la zona colindante al Arroyo uto y al Parque Nacional Calilegua, localidad Yuto, Departamento Ledesma, ver fs. 607). Posteriormente, se llevó a cabo licitación privada y finalmente contratación, dándose inicio a las obras el día 20 de marzo de 2018, de acuerdo a fs. 608 del informe de la Provincia de Jujuy.

Que a fs. 610/613, la Provincia de Jujuy, sostiene que el contrato de explotación respecto de los pozos existentes en el lugar (Yacimiento CAIMANCITO Y CONCESIONES ÁREA CON-3), concluye en agosto de 2017, sin que exista reconocimiento legal de su prórroga.

11°) Que en cumplimiento de la diligencia preliminar ordenada por este Tribunal, la Comisión Regional del Río Bermejo (COREBE) a fs. 302, informó que, no cuenta con registros de actuaciones relativas al relevamiento de impactos ambientales en relación con la explotación petrolífera del yacimiento Caimancito.

12°) Que el Estado Nacional, a través del Ministerio de Energía de la Nación y la Subsecretaría de Recursos Hidrocarburíferos, hizo su presentación adjuntando (I) informes ambientales (según Resoluciones SE Nos. 24/2004 y 25/2004); (II)Producción e inversiones (según resoluciones SE Nos. 319/1993 y 2057/2005); (III) certificaciones de reservas y recursos hidrocarburíferos (resoluciones SE Nos. 468/98 y 324/2006) ; (IV) registro de empresas de exploración y explotación de Hidrocarburos (Resolución SE Nos. 407/2007) (fs. 305 y vta.). Asimismo recordó que a partir de la promulgación de la ley 26.197, son los Estados Provinciales quienes ejercen el control efectivo de los yacimientos ubicados en sus territorios.

13°) Que la Administración de Parques Nacionales (APN) se presentó respondiendo los requerimientos del Tribunal a fs. 308.

Afirmó que desde el año 1979 a la actualidad, el personal del Parque Nacional Calilegua llevó adelante tareas de fiscalización y control del yacimiento, a los efectos de prevenir y evitar eventos no deseados sobre el ambiente, hasta el año 1994, momento de creación de la Delegación Regional Nordeste con sede en la ciudad de Salta, que sumó su personal técnico al acompañamiento de estos trabajos.

Informó que el Yacimiento Caimancito pertenece al área de Concesión CNOA-3 y que su superficie de 5700 has, se solapa en un 90% con el Parque Nacional Calilegua. Actualmente las instalaciones de dicho Yacimiento incluyen: Batería Caimancito compuesta por Batería colectora, Planta de Tratamiento de Crudo, Planta de compresión y Tratamiento de Gas; Planta de Almacenamiento, incluyendo el cargadero de petróleo. En cuanto a los pozos, dan cuenta de 12 pozos productores sobre los 32 existentes en el Yacimiento. Todos son petrolíferos surgentes. Existen además 4 pozos en estudio y 16 pozos inactivos.

14°) Que la Administración de Parques Nacionales dio cuenta de que su actividad se centra básicamente en la verificación de las condiciones de la infraestructura de extracción y conducción de petróleo para prevenir roturas que dieran lugar a derrames y en la detección temprana de pérdidas, hecho que –afirman- evitó numerosas situaciones de riesgo ambiental, no detectadas de manera temprana por las empresas.

Agregó que las tareas de mantenimiento de pozos fueron sometidas a evaluaciones ambientales realizadas por profesionales de la APN y aprobadas en la medida en que sus impactos negativos resultaran mitigables. Comunicó que siempre se ha contado con auditorias de la actividad, que han radicado diferentes denuncias ante la Justicia Federal de Jujuy, además de presentaciones e intimaciones a las autoridades provinciales, por irregularidades en la gestión ambiental del yacimiento, con la correspondiente realización de cálculos de daño ambiental a efectos de establecer las multas correspondientes ante eventos de contaminación por derrames o apeo no autorizado de árboles. Todas estas actuaciones que ascienden a más de 100, entre informes, presentaciones, denuncias, auditorías, etc., han quedado compiladas en el Expte. 1598/11 en casa Central. (fs. 313)

15°) Que si bien dijeron que, desde la gestión de YPF hasta la fecha, la operatoria del yacimiento evolucionó favorablemente en materia de gestión ambiental debido, fundamentalmente, a que en las últimas dos décadas se elevaron los estándares de la actividad a nivel internacional y la APN incrementó el control, también manifestaron la falta de inversiones destinadas a mejorar la infraestructura asociada a la explotación, mucha de la cual tiene más de 40 años y representa un importante riesgo ambiental, cuestión que se ve agravada por el incumplimiento por cada una de las operadoras del requerimiento que les fuera hecho en relación con el plan detallado del trabajo a desarrollar a lo largo de la concesión y su correspondiente plan de impacto ambiental.

Que en relación con la remediación pretendida por los actores y destacada en el informe de APN, las tareas de mitigación exigidas por esta última, han estado referidas a las distintas actividades que se desarrollan en el lugar, tales como reparación de líneas de conducción, limpieza de locaciones, remoción de residuos peligrosos, saneamiento de suelos empetrolados (fs. 323 a 327, 331), todas derivaciones de un yacimiento en operación, "pero insuficientes" para alcanzar los principales pasivos ambientales que resultarán una vez que cese la explotación, que sostiene, "tendrá lugar el día del efectivo cese de la explotación con su correspondiente plan de cierre".

Que a fs. 328/332 obra un relevamiento ambiental expeditivo que da cuenta de que "en el área Caimancito del P.N.C conviven dos realidades relevantes", por cuanto se trata de un lugar de alto valor en materia de conservación de la biodiversidad de la Yungas en el que hace décadas se desarrolla una explotación petrolera, actividad "que, por su propia naturaleza y características, entraña serios riesgos ambientales".

16°) Que, a fs. 360/371, obra copia de la Nota D.P 2804, del 7 de octubre de 2015, y de la resolución D.O N° 0067/15, fruto de una investigación realizada de oficio por la Defensoría del Pueblo de la Nación, sobre el impacto ambiental generado por el Pozo Caimancito e-3, Provincia de Jujuy.

Indica que "el mencionado pozo se ubica a unos 200 metros fuera del límite norte del Parque Nacional Calilegua (PNC) y a escasos metros del Arroyo Yuto, que aguas abajo ingresa en el PNC y desemboca en el Río San Francisco, afluente del Río Bermejo".

A efectos de la mencionada investigación, se solicitó información a la Administración de Parques Nacionales, a la Dirección Provincial de Minería y Recursos Energéticos de Jujuy, a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales de Jujuy, a la Secretaría de Energía de la Nación, a la Secretaría de Desarrollo Sustentable de la Nación, a la Secretaría Legal y Administrativa del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación.

De dichos informes surge que, ya en el año 1997, en ocasión de un Monitoreo Ecológico Bimestral del Área Con-4- Río Colorado, la entonces Secretaría de Minería, Industria y Recursos Energéticos de Salta (fs. 363) constató que el pozo "en algún momento había colapsado produciéndose un escape y derrame de agua termal con delgadas películas de crudo que drenan hacia un arroyo de agua dulce con la consiguiente contaminación" (fs. 12/13 del Expediente APN N° 1517/2000).

Que en el año 2000, de una recorrida de la zona donde se encuentra emplazado el mencionado pozo (fs. 2/3 del expediente APN 1517/2000), un guardaparque de APN, constató que la plataforma de cemento que rodeaba el pozo se encontraba descalzada y que a unos 4 metros existía otro pozo de donde surgía abundante agua, que contenía una temperatura de alrededor de 60 grados centígrados con fuerte olor a hidrocarburos y alta salinidad.

Que el guardaparque, en su informe manifestó que "resulta evidente el impacto de estas aguas contaminadas, al menos en un tramo recorrido del arroyo Yuto, a partir de la confluencia con la quebrada del Pozo 3 aguas arriba son muy abundantes peces y renacuajos, pero aguas abajo, habiendo recorrido 400 m., mirando con detenimiento, no se encontró ningún ejemplar" (fs. 363).

Que la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, también coincidió en que el agua proveniente de ese pozo es extremadamente salina (más de 100 g/litro), con una temperatura de 60/70 grados centígrados, con presencia de cobre y un contenido de sales disueltas que tornaba el efluente en "residuo peligroso" conforme el Anexo I de la Ley 24051 Categoría sometida a control 22 "Compuestos de cobre" y la característica de peligrosidad H12 "Ecotóxico", según el Anexo II de la ley, manifestando que este efluente estaba afectando en forma negativa al Arroyo Yuto, curso de agua que atraviesa un sector del Parque Nacional Calilegua y desemboca en el Río San Francisco, afluente del Río Bermejo, provocando su efectiva degradación.

El riesgo ambiental que representa el yacimiento ha sido reconocido por el Estado Nacional en el Informe del Jefe de Gabinete de Ministros a la Cámara de Diputados de la Nación de 2014 (Informe JGM No 86, 2014), en el que se indica que: "... los pozos abandonados sin el adecuado sellado (Res SEyC 5/96) corren riesgos de sufrir daños en su estructura con el paso del tiempo y dar lugar a derrames de hidrocarburos y aguas de formación, elementos ambos muy contaminantes a nivel de suelo y agua. Otros riesgos asociados a la explotación petrolera en el Yacimiento Caimancito son la posible contaminación por derrame de petróleo por rotura de ductos, piletas o arboles de producción, la probabilidad de ocurrencia de incendios, entre otros [...]. Dos tercios de los pozos se encuentran inactivos, muchos de los cuales generan serios riesgos por el abandono durante décadas. Asimismo, hay más de 24 kilómetros de oleoductos y 8 kilómetros de gasoductos que corren a lo largo de toda el área protegida."

Las actuaciones concluyeron que el pozo Caimancito E-3 constituye un grave problema ambiental puesto que afecta a un área de alto valor ecológico, comprometiendo el derecho a un ambiente sano reconocido en el artículo 41 de la Constitucional Nacional.

De acuerdo con los datos proporcionados, la Provincia de Jujuy llamó a licitación pública primero y luego privada, denominada Pozo YPF.Jj SAE-3 (Jujuy Caimancito) que resultó en una contratación y posterior comienzo de obras el 20 de marzo de 2018 para la "Prevención y mitigación de efectos nocivos sobre el ambiente y restauración de los sistemas ecológicos del área afectada". En el portal oficial de la Provincia de Jujuy (http://prensa.jujuy.gob.ar/2018/06/07/cese-de-la-contaminacion-petrolera-en-parque-nacional-calilegua/), se anuncia que el progreso de esta obra está en más de un 50% de avance.

17°) Que el 10 de julio de 1979, por Decreto Nacional 1733 se creó el Parque Nacional Calilegua en el Departamento Ledesma de la Provincia de Jujuy, a partir de una donación de tierras efectuada por las empresas Ledesma SAAI y Calilegua SAAI a la provincia de Jujuy, que esta a su vez donó al Estado Nacional por Decreto Ley 3586/78 con cargo a la creación de un Parque Nacional y afectación a la entonces Ley de Parques Nacionales 18.594 (fs. 609), para conservar a perpetuidad 76306 hectáreas de la ecorregión de las Yungas Australes de Argentina. Dicha superficie incluyó un yacimiento petrolero explotado por Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) desde el año 1969, conocido a nivel nacional e internacional como "Caimancito". Su inclusión en el recién creado Parque Nacional se debió a que los equipos técnicos que elaboraron la propuesta de creación del Parque lo incluyeron en el diseño del área protegida, por entender que pese a la existencia de un yacimiento petrolero, el sitio donde este se emplazaba resultaba de altísimo valor de conservación por su buena condición ambiental y rica biodiversidad. Fundamentaron aún más esta decisión, al considerar que se trataba de un yacimiento en claro declive conforme las tecnologías de la época, emplazado en uno de los pocos remanentes de la Selva Pedemontana existentes en la región (fs. 310).

El Parque Nacional Calilegua fue creado con el cargo de proteger una porción de la unidad biogeográfica de las Yungas, perteneciente al Dominio Amazónico. Junto con la selva paranaense y la región del Chaco, las Yungas poseen la mayor biodiversidad de Argentina, su superficie de 76305 hectáreas lo convierte en el área protegida más grande en nuestro país dedicada a la conservación de las selvas tropicales de la montaña. El gran valor ecológico que posee este ambiente está dado por la altísima representatividad de especies a nivel nacional y el elevado número de especies exclusivas. En cuanto a la fauna silvestre, la Administración de Parques Nacionales da cuenta de la presencia por avistajes y huellas de Yaguareté, Puma, Ocelote,

Tapir, Corzuela Colorada, Pecarí Collar, Pecarí Labiado, Mayuato, Acutí, Mono Caí, Zorro de monte, Zorro gris, Coati, Iguana colorada, Pava de monte, Burgo, Tucán, Urraca (fs. 330). Asimismo, conforme con las leyes 24702 y 25463, la Yaruka y el Yaguareté –ambos habitantes del Parque Nacional Calilegua- fueron declarados monumentos nacionales en los términos del artículo 8 de la ley 22351.

En el año 1990, el Decreto Nacional 2149 lo declaró Reserva Natural Estricta, que son aquellas en las que se localizan los últimos reductos poblacionales de ciertas especies animales o vegetales autóctonas o que conservan una variada sucesión de ecosistemas característicos.

Por su parte, en el año 2002, la Reserva de las Yungas fue incorporada a la Red Mundial de Reservas de la Biósfera por la UNESCO (fs. 573-575).

18°) Que la Administración de Parques Nacionales remarca la importancia del marco normativo aplicable a la materia, el cual está constituido por: "la Ley de Parques Nacionales N° 22351 (arts. 4 y 5), Ley 26331 (Bosques Nativos), Ley 17319 (Hidrocarburos), Ley 25675 (Ley General del Ambiente) y la ley provincial n° 5889 dictada por la legislatura de Jujuy que dispone el cese de la actividad hidrocarburífera" (fs. 469).

Del juego armónico de la regulación aplicable surgiría que la actividad petrolera dentro de un Parque Nacional está expresamente prohibida por la Ley 22.351 de Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales y viola las Leyes 17.319 de Hidrocarburos, 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de Bosques Nativos y 25.675, Ley General del Ambiente.

Esta situación ha sido reconocida en 2016 por el Consejo Federal de Medio Ambiente, quien declaró de interés federal la remediación del Parque Nacional Calilegua (Declaración COFEMA 2/2016, 19 de mayo de 2016).

En todas las áreas protegidas, la actividad humana está restringida y subordinada a la conservación quedando sujeta a un régimen especial y distinto a todos aquellos espacios no declarados protegidos, ya que la finalidad de los parques nacionales es la preservación del ambiente y del ecosistema.

19°) Que la provincia de Jujuy a partir de la sanción de la ley 5889, dejó sin efecto decretos, normas, contratos y demás actos que hubiesen permitido o reglamentado la explotación hidrocarburífera en el Parque Nacional Calilegua y facultó al Poder Ejecutivo Provincial a disponer el cese de la actividad mencionada y a dictar los actos necesarios a fin de atender y regular las consecuencias jurídicas y de hecho que derivaran de la misma, como así también a demandar en forma judicial y extrajudicial el cierre de los pozos petroleros ubicados en el Parque Nacional Calilegua y demás acciones que resultaran necesarias para remediar los pasivos ambientales derivados de la explotación hidrocarburífera.

20°) Que en ejercicio de sus funciones, mediante el dictado del decreto nº 683/2016, el Poder Ejecutivo Provincial encomendó: (a) al Ministerio de Ambiente de Jujuy, la elaboración de un informe de relevamiento del daño ambiental ocasionado por la explotación hidrocarburífera en el Parque Nacional Calilegua y un plan preliminar de remediación ambiental de los componentes del ambiente dañados; (b) a la Secretaria de Minería e Hidrocarburos un informe pormenorizado de todos los actos que se hubiesen dictado autorizando la explotación hidrocarburífera en el Parque Nacional Calilegua; de las condiciones técnicas para el retiro de la empresa concesionaria y clausura definitiva de los pozos petroleros existentes y (c) al Ministerio de Ambiente de la Nación y la Administración de Parques Nacionales a integrar junto con el Ministerio de Ambiente de la Provincia una comisión técnica ad hoc para la inspección y evaluación del daño ambiental y la proposición del Plan de remediación ambiental del área del Parque Nacional Calilegua afectada por la explotación hidrocarburífera.

21°) Que, por disposición de la legislación provincial mencionada, la empresa PETRO AP presentó, en fecha 24 de abril de 2017, un Proyecto de Plan de Cierre Sustentable de Yacimiento Caimancito ante la Secretaría de Minería e Hidrocarburos de la Provincia de Jujuy que se puso en conocimiento de la APN para su valoración pero resultó rechazado por la Secretaría de Minería e Hidrocarburos de la Provincia por no cumplir con la normativa ambiental vigente y en particular con la Resolución 5/96 de la Secretaría de Energía de la Nación.

22°) Que mediante decreto provincial 4442, de fecha 31 de julio de 2017, se confirmó la conclusión del contrato de concesión con la empresa JHP International Petroleum Engineering en el área CNO-3 Caimancito, se aprobó la resolución de 22 SMeH 2017 que rechazó el proyecto de plan de Cierre del área CON-3 Petro AP S.A., se estableció un plazo de 120 (ciento veinte) días corridos para la presentación del plan ejecutivo de cese, abandono de pozos y remediación ambiental del área CON-3 Caimancito y se intimó a las empresas PETRO AP S.A. y Jujuy energía y Minería Sociedad del Estado y JHP International Petroleum Engineering Ltd. a fin de que acrediten su situación legal de acuerdo con las normativas vigente.

23°) Que la provincia de Jujuy interpuso, ante el Juzgado Federal de Primera Instancia nº 2 de Jujuy, demanda cautelar que fue concedida en fecha 21 de Diciembre de 2017, de embargo preventivo sobre el inmueble ubicado en la finca San Lorenzo, Caimancito, como también sobre los bienes que se encuentren ubicados en el área CON-3 Caimancito y que fueran propiedad de la accionada. Asimismo solicitó que la empresa se abstuviera de alterar el estado de hecho del yacimiento y de los pozos hidrocarburíferos situados en el Parque Nacional Calilegua previa constatación del estado existente en la zona en cuestión. Con esta medida pretendió resguardarse del posible incumplimiento en el cese de la explotación, omisión de la empresa en cuanto a la remediación ambiental y la alteración del estado en que se encuentran los pozos con los riesgos que esto supone para la salud de las personas y el medio ambiente.

24°) Que por Decreto Nº 5878-DEyP-17, del 29 de Diciembre de 2017, el Poder Ejecutivo Provincial resolvió ratificar las Resoluciones SMeH Nº 44 y Nº 45/2017 dictadas por la Secretaría de Minería e Hidrocarburos de la Provincia que tuvo por incumplida la presentación del plan de cese de explotación, abandono de pozos y remediación ambiental del área CON-3 Caimancito, así como la falta de pago de las regalías por la producción de crudo y gas con más los intereses y multas debidas, rechazó definitivamente el plan ejecutivo de cese, abandono de pozos y remediación ambiental del área CON-3 Caimancito de la empresa PETRO AP S.A., y dispuso la caducidad de la concesión a esa empresa sobre el área CON-3 Caimancito y la reversión de dicha zona a favor de la empresa estatal Jujuy Energía y Minería Sociedad del Estado J.E.M.S.E. (fs. 632)

25°) Que en virtud de lo dispuesto por la ley provincial 5889, Decreto 683/2016, por Resolución Nº 35/2016/M se creó un Comité Técnico Ad Hoc para la realización de la inspección y evaluación de los daños ambientales y la proposición del plan de remediación ambiental del área del Parque Nacional Calilegua y sus zonas aledañas afectadas por la explotación de hidrocarburos, integrada por un representante del Ministerio de Ambiente de la Nación, un representante de la Administración de Parques Nacionales, un representante del Ministerio de Minería y Energía de la Nación, un representante de la Secretaría de Minería e Hidrocarburos de la Provincia de Jujuy, un representante del Ministerio de Economía y Finanzas públicas de la Nación, un representante del Ministerio de Ambiente de la Provincia de Jujuy y un representante del Parque Nacional Calilegua.

Este comité realizó varias reuniones que dan cuenta de las gestiones tendientes a evaluar el proceso de cese de explotación y cierre definitivo de los pozos, así como también la remediación del área del pozo E-3 y las posibles acciones legales de responsabilidad derivada de la explotación en cuestión. Las mismas tuvieron lugar en abril, junio y septiembre de 2016.

El día 4 de julio de 2016 se realizó una reunión con autoridades del Ministerio de Ambiente de la Nación, el Gobernador de la Provincia de Jujuy y representantes de YPF. De dicha reunión surgió un borrador de acuerdo de colaboración entre la empresa y la provincia que no se suscribió por no cumplir con las previsiones de carácter ambiental contenidas en la ley 25.675.

26°) Que a los fines de evaluar la procedencia de la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional en el carácter federal que se le asigna a la materia, sobre la base de la pretendida interjurisdiccionalidad, basta con la exposición de los hechos y los datos suministrados en los informes presentados ante este tribunal (Fallos:327:3880).

Según surge de la información proporcionada, la alegada contaminación proveniente del pozo E-3, cuyos efluentes desaguan en el arroyo Yuto, importaría el compromiso de un recurso interjurisdiccional, ya que este último es afluente del Rio San Francisco, atravesando en un tramo al Parque Nacional Calilegua e impactando finalmente en la Cuenca hidrográfica del Rio Bermejo que abarca las provincias de Chaco, Formosa, Jujuy y Salta. En este punto se debe poner de resalto que el artículo 3º de la ley 25.688- del Régimen de Gestión Ambiental de Aguas-establece que las cuencas hídricas son una "...unidad ambiental de gestión de recurso" y se consideran indivisibles (Fallos: 331:1243), configurando un supuesto de competencia originaria ratione materiae.

Por otro lado, la contaminación denunciada dentro del Parque Nacional Calilegua, que se produciría por la actividad hidrocarburifera desplegada en una Reserva Estricta, de alto contenido de biodiversidad lleva a plantear la necesidad de accionar la cláusula constitucional de protección ambiental ya que "el reconocimiento de estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 de la CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente (Fallos: 329:2390).

Que resulta suficiente para concluir también en la competencia originaria de esta Corte constatar que, una repartición autárquica del Estado Nacional –la Administración de Parques Nacionales- y un estado

provincial –la Provincia de Jujuy- son parte en el pleito (Fallos: 312:389, entre otros).

Que, en tales circunstancias, es aplicable la jurisprudencia de esta Corte según la cual sobre la base del derecho de la Nación –o una entidad nacional- al fuero federal y el de la Provincia a la jurisdicción originaria del Tribunal (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional), una solución que satisfaga esas prerrogativas jurisdiccionales conduce a declarar la competencia de la Corte Suprema.

Que, tal como ya ha dicho el Tribunal, el proceso corresponde a la jurisdicción federal tanto ratione personae como ratione materiae si se encuentra demandado el Estado Nacional y, según surge de los términos de la demanda, los procesos contaminantes afectan fuertemente un recurso en los términos del art. 7 de la Ley 25.675. (Fallos: 327:3880).

27°) Que en el presente caso el Tribunal considera que se configuran los presupuestos necesarios para hacer lugar a la medida cautelar solicitada.

Que la apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) y el peligro en la demora (periculum in mora), la necesidad de prevenir y de hacer lugar a la cautelar para impedir la producción de un daño ambiental de incidencia colectiva (artículo 27 ley 25.675 General del Ambiente) o como en el caso, que continúe o se agrave la degradación del ambiente (artículos 1710 y 1711, del Código Civil y Comercial), está dada no solo en la alegación de los hechos -de por sí elocuentes de la gravedad de la situación - sino también por la prueba aportada a requerimiento de esta Corte en esta etapa introductoria del proceso, que acredita en grado de suficiente verosimilitud que se estaría contaminando el arroyo Yuto de la Provincia de Jujuy, por causa del derrame en el pozo petrolero Ca.e3 –ubicado en las proximidades del Parque Calilegua-, que se encuentra en estado de abandono desde 1970.

También resulta verosímil la afirmación acerca del desarrollo de una actividad manifiestamente ilegal en el Parque Nacional Calilegua – consistente en la producción petrolera - por haber vencido, en apariencia, el plazo de la concesión a fines del 2017 y porque la misma vulnera de manera patente, expresas prohibiciones contenidas en los términos del artículo 41 de la Constitución Nacional y de las leyes Nº 22.351 (Ley de Parques Nacionales),17.319 (ley de Hidrocarburos), 26.331 (Bosques Nativos) y 25.675 (Ley General del Ambiente) y del decreto 2148/90 que regula las Reservas Naturales Estrictas.

En el mismo sentido, y en orden a la efectividad de esa protección, el artículo 240 en nuestra legislación civil y comercial, establece como limite al ejercicio de los derechos individuales, la preservación del funcionamiento y 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.

28°) Que habría afectación del Parque Nacional Calilegua, entre otras razones, por la deficiente infraestructura para el desarrollo de la explotación petrolera en dicha área, puesta de manifiesto por ejemplo, en la presencia de caminos y picadas -que interfieren el escurrimiento natural de las aguas y generan inestabilidad de las laderas, con el consecuente proceso erosivo del suelo-, baterías, conducciones, y piletas de petróleo o residuos petrolíferos - algunas de las cuales tienen más de 40 años de antigüedad (fs. 315), con bajo mantenimiento - y locaciones de pozos – que según informa APN, serían 12 activos sobre 32 pozos petrolíferos surgentes, 4 en estudio, y 16 inactivos (fs. 311), todo lo cual debe cesar provisoriamente como actividad generadora de daño ambiental colectivo (artículo 30 in fine, ley 25.675), con carácter urgente, mediante la adopción de resoluciones que conduzcan a este efecto, y disponer la suspensión de la actividad en cuestión, hasta que se resuelva la causa en definitiva.

Que prueba de lo expuesto resulta el amplio informe de la Administración de Parques Nacionales (fs. 308), del Ministerio de Ambiente de Jujuy (fs. 566), el informe de la Defensoría de Pueblo (fs. 362), concordante con las actuaciones de la Justicia Federal (con cautelares en ese sentido)(fs. 489 y fs. 639), las leyes, decretos y resoluciones adoptadas por la Provincia de Jujuy (fs. 411, 412, 420 vta. a 422 vta., 423 y 426), y hasta la conducta observada por empresas involucradas en el caso, que por ejemplo, propusieron un Plan de Cierre de pozos petroleros (fs. 427 y 429).

29°) Que en conclusión, es convicción de esta Corte, que resulta manifiestamente verosímil: a) que habría una afectación severa o contaminación por derrame de un pozo petrolero abandonado, de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional, -del bien colectivo ambiental, identificado como una cuenca hídrica, compuesta en su conjunto y unidad ecosistémica, por el Arroyo Yuto, afluente del Río San Francisco, que desagua en la Cuenca del Río Bermejo; b) que habría efectiva degradación ambiental o afectación, de un área natural especialmente protegida, categorizada legalmente como Reserva Natural Estricta, Parque Nacional Calilegua, en la Provincia de Jujuy, cuya conservación es prioritaria, no solo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras. En ese sentido, es doctrina de la Corte (Fallos: 340:1695), que se debe considerar el interés de las generaciones

futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente.

30°) Que la solución del caso requiere la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales. Ello es asi porque los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales (Fallos: 340:1695).

31°) Que se ve configurado también en autos el otro requisito de las decisiones cautelares, el peligro en la demora, ya que de la información aportada surge que la actividad, si bien ha ido disminuyendo, importaría una continua degradación que solo desaparecerá con el cierre definitivo de la explotación (fs. 319) y si bien es cierto que existe legislación provincial que lo exige, a la fecha no parecería contar con un plan de trabajo con identificación de pasivos ambientales, plazos ciertos de implementación y costos de la actividad.

El Parque Nacional Calilegua, presenta características de mega-diversidad biológica, donde se localizan reductos poblacionales de ciertas especies animales -mamíferos de alto valor de conservación-, como el yaguareté, puma, pecarí labiado, tapir, zorro gris, u otros, como el tucán, pava del monte, iguana, urraca, y vegetales autóctonos.

Se trata desde el punto de vista del ecosistema, de un área vulnerable o sensible a la actividad antrópica, una Reserva Natural Estricta, que debe ser objeto de una enérgica protección jurídica, porque representa uno de los pocos remanentes de la Selva Pedemontana, como el que caracteriza la ECO-Región Yungas, con un paisaje, además, de extraordinaria y singular belleza que igualmente merece la tutela del derecho.

Esta Corte, en un reciente pronunciamiento de relevancia en la especialidad (Fallos: 340:1695), dijo que esta calificación del caso exige, por lo tanto, una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una medida enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan.

32°) Que conforme la doctrina del precedente antes citado (Fallos: 340:1695), se puede sostener de manera más amplia que la regulación jurídica en casos que involucran a los recursos naturales, recursos ambientales o los sistemas ecológicos, como los denomina la Ley General del Ambiente 25675 (artículos 2°, incisos a, d, e, enunciación de los principios de solidaridad y cooperación, y en el artículo 7°) -bienes colectivos ambientales, objeto de los derechos ambientales de incidencia colectiva- se ha basado en un modelo antropocéntrico.

Esta visión ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación de estos bienes colectivos ambientales, es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (Fallos: 340:1695). El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario (Fallos: 340:1695).

33°) Que la Constitución Nacional en su afán de proteger el ambiente, permite afirmar la existencia de deberes positivos (Fallos: 340:1695), entre los cuales se destaca el deber de preservarlo. En el derecho infra-constitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado (Fallos: 340:1695).

La ley 25675 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 (artículo 1°)

En ese sentido la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras (Fallos: 329:2316).

34°) Que debe aplicarse, de manera prioritaria, el principio de prevención (artículo 4°, ley 25.675 General del Ambiente) y en la duda técnica el principio precautorio (Fallos: 337:1361, considerando 12, in fine), que dan fuerza y justifican la anticipación de la prestación jurisdiccional, mediante la cautelar de cesación y suspensión de la actividad petrolera, en el Parque Nacional Calilegua y en el pozo Ca.e3, que se ordena por esta Corte.

El derecho ambiental, dentro del cual se inscribe -como es del caso- la necesaria defensa de los Parques Nacionales y de las Reservas Estrictas, frente a actividades prohibidas, tiene en nuestro sistema legal, jerarquía y tutela constitucional (artículo 41 Constitución Nacional). 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 (Fallos: 339:515). Esto se ve reforzado en la idea de que a la luz del 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 ambiente -art 4°, ley 25.675-.

Más aun cuando, como en el caso, estamos en presencia de una reserva de biodiversidad, cuya protección está directamente vinculada con la explotación que hace el hombre de estos recursos y la necesidad de protección ante la pérdida irreparable y definitiva de estos.

En efecto, al tratarse de la protección de un Parque Nacional considerada Reserva de Biosfera y parte integrante de una cuenca hídrica, se debe considerar en el dictado de una medida de esta naturaleza, la aplicación del 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 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).

Conjuntamente con el principio In Dubio Pro Aqua, consistente con el principio In Dubio Pro Natura, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos. (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasilia Declaration of Judges on Water Justice. Brasilia, 21 de marzo de 2018).

En conclusión, tanto para el caso del pozo Caimancito E-3, como para la explotación llevada a cabo dentro del Parque Nacional, las consideraciones acerca del cese definitivo de la actividad deben ser consistentes con los principios enumerados precedentemente.

35°) Que concurrentemente, numerosas normas de aplicación al caso, dan fundamento procesal de lo resuelto favorablemente: los artículos 195 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículos 1°, 4° inciso 3, 5° segundo párrafo, y concordantes de la ley 26.854, medidas cautelares en las causas en que es parte o interviene el Estado Nacional, por tratarse en el caso de la eficacia en la defensa de un derecho ambiental, y en lo sustancial, los artículos 32 de la Ley 25675 General del Ambiente, y artículos 710, 711 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación.

Estando reunidos los requisitos de procedencia de la cautelar, en el caso, no corresponde exigir contracautela real.

La manifiesta verosimilitud del derecho, la relevancia del bien colectivo en juego (Parque Nacional Calilegua), la urgencia en la necesidad de adoptar medidas de prevención, y el ejercicio de las amplias facultades judiciales, dispuestas en el artículo 32 de la Ley 25675, que diseña un papel del juez alejado de la figura del juez espectador, del proceso adversarial clásico, así lo justifican. Por ello: "El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, aun con carácter precautorio, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá asimismo disponerlas, sin petición de parte" (artículo 32, Ley 25.675)

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 (Fallos: 329:3493; 339:201).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar la competencia de esta Corte para conocer en esta causa por vía de su instancia originaria. II. Hacer lugar a la medida cautelar con el alcance solicitado. III. Requerir al Estado Nacional (Secretaría de Energía de la Nación); a la Administración de Parques Nacionales y a la Provincia de Jujuy el informe circunstanciado que prevé el artículo 8° de la ley 16.986, que deberá ser contestado en todos los casos en el plazo de 30 (treinta) días (arg. Art. 9°, Ley 25.344). Para su comunicación, líbrense los oficios correspondientes.

Para su comunicación al Señor Gobernador de la Provincia de Jujuy y al señor Fiscal de Estado, líbrese oficio al señor juez federal en turno. (art. 341 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación. *– Juan Carlos Maqueda. – Ricardo L. Lorenzetti. – Horacio Rosatti. – Elena I. Highton de Nolasco.*

Disidencia de la doctora *Highton de Nolasco.*

Considerando:

Que el Tribunal ha reconocido la validez de la prórroga de su competencia originaria, en favor de los tribunales federales de primera instancia, en los casos en los que no se advierta la concurrencia de un interés federal o de razones institucionales de tal magnitud que hagan impostergable la intervención de esta Corte (causa "Agropecuaria Mar S.A.", Fallos: 336:2231).

Que aun cuando el derecho invocado en la demanda se encuentre fundado en normas federales, corresponde admitir la posibilidad de que también en este tipo de controversias tenga eficacia la voluntad de la provincia de litigar ante los juzgados federales de primera instancia en un caso que, en principio, podría corresponder a la competencia originaria de la Corte. En efecto, al no presentarse las razones institucionales o federales que sí fueron afirmadas, por ejemplo, en el pronunciamiento de Fallos: 333:1386 (considerando 5°, que cita a su vez los de Fallos: 315:2157 y 331:793), la solución antedicha se impone (conf. causas "Agropecuaria Mar S.A.", ya citada, y CSJ 58/2014 (50-) / CS1 " incas del Sol S.A. c/ San Juan, Provincia de y otro s/ ordinario", sentencia del 29 de abril de 2015).

Que en el *sub lite* no se ha citado aún al Estado provincial, el que, por lo tanto, no ha podido invocar todavía la prerrogativa que ostenta por mandato constitucional (arg. Fallos: 331:793, considerando 7°).

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar prematura la incompetencia decretada en autos, por lo que deberá seguir conociendo en ellos el Juzgado Federal de Jujuy n° 2, al que se remitirán las actuaciones para la continuación del trámite procesal pertinente. A esos fines, líbrese el oficio del caso y comuníquese esta decisión a la Procuración General de la Nación. Parte actora (única presentada): Silvia Graciela Saavedra y Ramón Héctor Luna, por su propio derecho, con el patrocinio letrado de la Dra. Patricia Noelia Cazón. – *Elena I. Highton de Nolasco.*

La Corte Suprema ratifica el paradigma ambiental como método para la tutela efectiva de los bienes colectivos

Pablo Lorenzetti (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Hechos del caso.— III. Importancia de la biodiversidad y del paisaje en el Parque Nacional Calilegua.— IV. Competencia judicial.— V. Concepción ecocéntrica. *In dubio pro natura*.— VI. Constitucionalización de la cultura jurídica. Diálogo de fuentes.— VII. Prevención y precaución de daños y riesgos ambientales.— VIII. Medidas cautelares para la tutela de bienes colectivos.— IX. Algunas reflexiones finales.

"La tierra está vibrando con distinta melodía
Ni dioses locos de furia, ni demonios vengativos
Ni naves extraterrestres, ni algún cometa perdido
La historia es mucho más clara y tiene también sentido
La tierra se está quitando de encima al peor enemigo" **(1)**.

I. Introducción

Las presentes líneas se escriben durante el mes de marzo de 2021, momento en el que la sociedad argentina se encuentra conmocionada por los incendios que se están produciendo en la Patagonia, puntualmente en las provincias de Chubut y de Río Negro.

Esta catástrofe está arrojando gravísimas consecuencias, tales como personas heridas y fallecidas, poblaciones enteras evacuadas y flora y fauna devastada.

Lamentablemente esta historia parece una repetición de otras muy similares que nos han producido la misma congoja hace muy poco tiempo.

Los incendios forestales durante el año 2020 y principios de 2021 han afectado de modo extraordinario gran cantidad de provincias y regiones de nuestro país, destacándose, por ejemplo, los inmensos focos generados en Córdoba, Santiago del Estero, Río Negro y el Delta de Paraná **(2)**, entre otros.

(*) Abogado. Especialista en Derecho Ambiental por la UBA. Especialista en Derecho Ambiental y Globalización por la Universidad de Castilla La Mancha - Toledo (España). Especialista en Derecho de Daños y Contratos por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la UBA.

(1) Fragmento de la canción *Civilización*, editada en el año 2007 como parte del disco homónimo de la banda argentina Los Piojos. Letra y música: Andrés Ciro Martínez.

(2) La Corte Suprema de Justicia de la Nación intervino en el caso de los incendios en el Delta del Paraná, dictando sentencia en la causa "Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil c. Provincia de Santa Fe y otros s/ amparo ambiental", 11/08/2020. Cita Online: AR/JUR/30464/2020.

A los incendios —claro está— debería sumarse otra tantísima cantidad y variedad de eventos de este tipo, que se presentan cada vez más a menudo en nuestro país y en todo el mundo: inundaciones, sequías, huracanes, derretimiento de glaciares, desaparición de islas, contaminación de recursos hídricos de todo tipo, falta de agua potable, extinción de especies animales y vegetales, polución del aire y proliferación de nuevas enfermedades.

Las dimensiones del daño que emergen de todos estos verdaderos desastres naturales podrían llevar a la tipificación del panorama general como un verdadero "ecocidio", ya que estamos frente a una destrucción extensa y constante del medioambiente, que afecta tanto a las generaciones presentes como a las futuras.

Todas estas tristes realidades poseen un denominador común: son originadas directa o indirectamente por el accionar de los seres humanos.

Solo por tomar como ejemplo el caso de los fuegos, según datos suministrados por el Estado nacional **(3)**, el 95% de los incendios forestales en Argentina son producidos por seres humanos, siendo las principales causas fogatas y colillas de cigarrillos mal apagadas, el abandono de tierras y la preparación de áreas de pastoreo con fuego. Los factores vinculados al cambio climático, como la falta de precipitaciones, las temperaturas elevadas, el bajo porcentaje de humedad, las heladas constantes y los vientos fuertes, inciden en su propagación.

Como si todo esto fuera poco, tanto nuestro país como el mundo entero continúan padeciendo los tremendos embates que nos arroja a diario la pandemia de COVID-19, encrucijada en la cual los habitantes de este planeta también ostentamos una gran responsabilidad.

Se ha resaltado que "los cambios en el uso de la tierra son un motor clave de las enfermedades zoonóticas emergentes. La deforestación, la fragmentación de los hábitats y la expansión de la frontera agrícola aumentan los contactos entre humanos y otros animales, incrementando potencialmente las posibilidades de que surjan y se propaguen zoonosis como el Covid-19" **(4)**.

La evidencia científica creciente sugiere que las enfermedades epidémicas o pandémicas se volverán más frecuentes a medida que el clima continúe cambiando, de modo que la contaminación del aire mediante gases de efecto invernadero es uno de los grandes fenómenos que la humanidad debe abordar, si se pretende preservar la salud de las personas **(5)**.

Por lo hasta aquí expuesto es que hemos decidido incluir la cita del epígrafe en este trabajo.

Es evidente que somos los seres humanos los principales responsables de los gravísimos daños que se están produciendo en el planeta y por los cuales —paradójicamente— nosotros mismos nos sorprendemos y nos vemos inducidos a hacer publicaciones en nuestras redes sociales, marchar en las calles para pedir respuestas y exigir a los medios de comunicación y a los gobernantes que se ocupen de estos problemas. Actitudes todas reactivas —y no preventivas— frente a cada evento que nos aflige particularmente.

De modo que, como bien señala la cita del epígrafe, sería bueno no reincidir en lo que se ha hecho a lo largo de la historia frente a este tipo de catástrofes, que son cada vez más frecuentes e intensas: buscar explicación en los dioses, en los demonios, en los extraterrestres o en los cometas.

Por el contrario, resultaría mucho más razonable y coherente entender que es el planeta Tierra el que nos está interpelando a través de cada una de estas manifestaciones, mediante las cuales —de a poco, pero a ritmo sostenido— "se está quitando de arriba a su peor

(3) https://www.argentina.gob.ar/sinagir/incendio-forestal/causas (fecha de consulta: 23/02/2021).

(4) UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA, "Declaración de la UICN sobre la pandemia de COVID-19", 14/04/2020.

(5) Hemos ampliado estos temas en CAFFERATTA, Néstor — PERETTI, Enrique — LORENZETTI, Pablo. "Aportes del paradigma ambiental en tiempos de pandemia". Publicado en *Efectos jurídicos de la pandemia de Covid-19, Pizarro, Ramón D. — Vallespinos, Gustavo (dirs.). Ed. Rubinzal-Culzoni, 2020, t. III, p. 429.*

enemigo", que —claro está— somos nosotros mismos.

En este marco de notable incertidumbre sobre la calidad de vida que la emergencia global en la que estamos inmersos deparará a las generaciones que nos sucederán, es válido destacar como positivo el accionar de gran cantidad de personas que —de manera individual o agrupadas en diversas formas de organización de la sociedad civil— se preocupan y reclaman soluciones para la crisis ambiental.

Muchas de estas inquietudes se canalizan a través de procesos judiciales a lo largo y a lo ancho del mundo, que hemos tenido la posibilidad de estudiar durante todo este tiempo **(6)**.

Nuestra región es pionera en la materia y su jurisprudencia es estudiada y emulada en diversos sistemas jurídicos del derecho comparado.

En el caso argentino, detectamos procesos con contenido ambiental en todas las jurisdicciones de nuestro país que han ido abordando las problemáticas que presentan los variadísimos macro y microbienes ambientales con asiento en cada una de las provincias.

A nivel federal, claro está que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene marcando el camino y los grandes lineamientos de lo que podríamos calificar como una verdadera política pública en el marco de las aristas del Estado de derecho ambiental **(7)**.

Es bajo este prisma que comentamos en el presente artículo una sentencia que ratifica y consolida la postura de la Corte frente a casos ambientales complejos, y que, a nuestro criterio, demuestra la trascendencia del paradigma ambiental como método imprescindible para el logro de una tutela eficiente de los bienes colectivos.

II. Hechos del caso

Analizamos brevemente en este texto la sentencia dictada en fecha 25 de febrero de 2021 por la CS en la causa "Saavedra, Silvia G. y otro c. Administración Nacional de Parques Nacionales - Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental" **(8)**.

Según se lee en dicha sentencia, la acción fue planteada por dos vecinos de las localidades de Lozano y de San Salvador de Jujuy (provincia de Jujuy), ubicadas —la primera— en la región declarada por la UNESCO como Reserva de Biósfera de las Yungas y —la segunda— en su zona de influencia.

Promovieron por ante el Juzgado Federal de Primera Instancia Nº 2 de Jujuy demanda de amparo por daño ambiental colectivo contra la Administración de Parques Nacionales, el Estado nacional, la provincia de Jujuy, YPF SA, la unión transitoria de empresas Petróleos Sudamericanos SA, Necon SA, Pluspetrol SA, JHP International Petroleum Engineering Ltda., Jujuy Energía y Minería SE (JEM SE), el titular dominial del inmueble en el que está situado el pozo Ca. e3 y el municipio de Yuto.

El objeto de la acción consiste en que se declare la inconstitucionalidad y nulidad de la continuidad de la explotación petrolera en el yacimiento Caimancito —situado dentro del Parque Nacional Calilegua—, y de la omisión en el ejercicio del poder de policía ambiental en el pozo Caimancito e3, así como de los actos administrativos que autorizaron aquella actividad.

Solicitaron también los actores que se ordene el cese de las conductas generadoras del daño ambiental colectivo, que se imponga a sus responsables el deber de recomponer el ambiente y que se exija a la empresa concesionaria de la explotación petrolera la contratación del se-

(6) A modo de ejemplo, y con relación a uno de los principales problemas que aquejan y ponen en jaque actualmente a la humanidad, existen importantes movimientos de litigación a nivel global vinculados al cambio climático que merecen ser analizados y replicados (SOZZO, Gonzalo, "Luchar por el clima: las lecciones globales de la litigación climática para el espacio local". Publicado en: RDAmb 65, 20. Cita Online: AR/DOC/177/2021).

(7) Profundizamos estas ideas en CAFFERATTA, Néstor — LORENZETTI, Pablo, "Hacia la consolidación del Estado de Derecho Ambiental. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". Publicado en: SJA 2018/11/072018-11-07; JA 2018-IV-2018-11-07; Cita Online: AP/DOC/509/2018.

(8) FSA 018805/2014/CS001. CS, Fallos: 344:174.

guro ambiental en los términos previstos por la ley 25.675.

Describieron que en el yacimiento se habrían perforado 34 pozos —de los que solo 12 se encontrarían actualmente en producción— bajo condiciones deficientes de seguridad ambiental, dentro de un área natural protegida en la que se halla prohibida la actividad petrolera.

Refirieron que se comprobó la existencia de daño ambiental en el pozo Ca.e3 y señalaron también que los guardaparques del Parque Nacional Calilegua detectaron alta salinidad en aguas del arroyo Yuto, causada por el abandonado del pozo.

En su postulación, los actores atribuyen responsabilidad a los diferentes demandados, con base en los siguientes argumentos:

- Administración de Parques Nacionales: ejercicio deficiente y antijurídico de la función de control asignada por ley.

- Estado nacional: por haber autorizado la continuidad de la explotación petrolera luego de la creación del Parque Nacional Calilegua, y por haber omitido realizar la recomposición del ambiente en la zona del pozo abandonado.

- Provincia de Jujuy: por haber dictado actos administrativos que aprobaron cesiones de derechos y obligaciones, derivados de la concesión petrolera, que vulneraron la prohibición de la actividad en zonas de reserva natural, y, además, por haber omitido recomponer el ambiente dañado por el derrame del pozo Ca.e3, y sancionar a los responsables.

- YPF SA: en virtud de ser la continuadora de Yacimientos Petrolíferos Fiscales SE, empresa que perforó los 34 pozos del yacimiento Caimancito, el pozo Ca.e3, y que colocó tanques, piletas y válvulas, entre otras instalaciones.

- Las restantes empresas: en su calidad de continuadores de una actividad legalmente prohibida, como es la explotación del yacimiento dentro del Parque Nacional Calilegua.

- El titular dominial del inmueble en el que está situado el pozo Ca. e3: por no haber formulado las denuncias pertinentes ni haber exigido la recomposición del ambiente afectado.

- Municipio de Yuto (provincia de Jujuy): por ser titular del poder de policía originario en materia ambiental.

Además de la pretensión de fondo ya señalada, los actores solicitaron que se disponga —como medida cautelar— el cese inmediato de los efectos de los actos administrativos dictados como consecuencia de la aprobación de la cesión de los derechos y obligaciones de Pluspetrol SA a favor de JHP International Petroleum Engineering Ltda., así como los de los actos administrativos relativos a la aprobación del estudio de impacto ambiental por parte de la Unidad de Gestión Ambiental Minera de la provincia de Jujuy.

También pidieron que, con carácter precautorio, se ordene la suspensión inmediata de la extracción de petróleo, y de todos los trabajos vinculados a esa actividad.

La sentencia que analizamos se pronuncia, básicamente, sobre dos cuestiones: la competencia judicial **(9)** y la medida cautelar solicitada por los actores **(10)**.

Las pretensiones de fondo canalizadas a través de la acción promovida quedarán para el dictado de la sentencia definitiva, luego de finalizado el trámite pertinente que la Corte impulsó mediante el punto "III" de la parte resolutiva de la manda judicial en análisis, según el cual requirió a los demandados la presentación del informe circunstanciado que prevé el art. 8º de la ley 16.986.

III. Importancia de la biodiversidad y del paisaje en el Parque Nacional Calilegua

Además de las aristas de carácter técnico-jurídico que contiene y que exploraremos en los títulos que siguen, la sentencia es interesante porque involucra contenidos sumamente sensibles para el ambientalismo, cuales son los relativos a la biodiversidad y al valor paisajístico que aloja un parque nacional.

(9) Punto "I" de la parte resolutiva.

(10) Punto "II" de la parte resolutiva.

Se expresa así en la resolución que el 10/7/1979 se creó el Parque Nacional Calilegua en el Departamento de Ledesma, de la provincia de Jujuy, con el objeto de conservar a perpetuidad de 76.306 hectáreas de la ecorregión de las yungas australes de Argentina. Dicha superficie incluyó un yacimiento petrolero explotado por Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) desde el año 1969, conocido como Caimancito.

Los equipos técnicos que elaboraron la propuesta de creación del parque incluyeron este yacimiento en el diseño del área protegida, por entender que el sitio donde este se emplaza resultaba de altísimo valor de conservación por su buena condición ambiental y por su rica biodiversidad.

Se lee en la sentencia que, junto con la selva paranaense y con la región del Chaco, las yungas poseen la mayor biodiversidad de Argentina: se trata del área protegida más grande en nuestro país dedicada a la conservación de las selvas tropicales de la montaña, cuyo gran valor ecológico está dado por la altísima representatividad de especies a nivel nacional y por el elevado número de especies exclusivas que contiene.

Se señala, a modo de ejemplo, que, conforme las leyes 24.702 y 25.463, la yaruka y el yaguareté —ambos habitantes del Parque Nacional Calilegua— fueron declarados monumentos nacionales en los términos del art. 8º de la ley 22.351.

Además, en el año 1990, el dec. nac. 2149 declaró al área como reserva natural estricta, que es aquella en la que se localizan los últimos reductos poblacionales de ciertas especies animales o vegetales autóctonas, o que conserva una variada sucesión de ecosistemas característicos.

Por su parte, en el año 2002, la reserva de las yungas fue incorporada a la Red Mundial de Reservas de la Biósfera por la UNESCO.

Caracterizando el concepto de "biodiversidad", se ha expuesto que dicho término "recoge todos los tipos y variedades en que la vida se manifiesta, ordenándolos en tres niveles de organización: ecosistemas, especies y genes. La diversidad biológica, entonces, es la variedad de la vida en todas sus formas, niveles y combinaciones: plantas, animales y microorganismos, ecosistemas y procesos ecológicos de los que aquellos forman parte. La biodiversidad no es un simple catálogo o suma de genes, especies o ecosistemas, sino un conjunto dinámico e interactivo entre los diferentes niveles de la jerarquía biológica" **(11)**.

Vale destacar que la diversidad biológica cuenta con tutela convencional en nuestro país, ya que, mediante la ley 24.375, ha sido aprobado el Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado y abierto a la firma en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.

Dicho instrumento, en línea similar a la sentencia en análisis, persigue como objetivos la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

Es relevante para este caso —atento al carácter de demandado de diversos estamentos estatales— lo dispuesto por el art. 6º del convenio en cuanto a la obligación impuesta a los Estados de elaborar estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica; así como las pautas de conservación enumeradas en los arts. 8º y 9º del tratado.

En el plano local, la cláusula ambiental del art. 41 de la CN contiene también una mención expresa a la preservación de la diversidad biológica, del mismo modo que lo hace el art. 240 del Cód. Civ. y Com., al disponer que el ejercicio de los derechos individuales debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, y que no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales y el paisaje, entre otros.

En lo que hace a la normativa de presupuestos mínimos, claro está que la ley 25.675 también tutela este macrobien ambiental, sosteniendo en su art. 1º que la norma persigue el logro de

(11) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Diversidad biológica y diversidad jurídica. Visión Argentina". Publicado en *Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As.*, 01/12/2016, 1 - LA LEY 2016-F, 998. Cita Online: AR/DOC/2757/2016.

una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable; agregando como uno de sus objetivos, en el art. 2º, el de asegurar la conservación de la diversidad biológica.

A la par de la normativa vigente enunciada, se ha elaborado también un anteproyecto de Ley de Presupuestos Mínimos para la Conservación de la Diversidad Biológica y el uso sostenible de sus componentes, que derivó a su vez en un proyecto de ley que se encuentra con trámite parlamentario **(12)**.

Señalan dos de los principales autores del anteproyecto mencionado que la biodiversidad está siendo depredada a causa de formas inmediatistas de entender la economía y la actividad comercial y productiva, razón por la cual al sistema político de nuestro país se le plantea el desafío de desarrollar políticas públicas que adopten una actitud proactiva y basada en un enfoque ecosistémico. Sugieren que, en tal contexto, una tarea necesaria y urgente es la de contar en el ordenamiento normativo de nuestro país con una Ley de Presupuestos Mínimos que sea capaz de abordar la complejidad inherente a los modelos causales de la degradación y pérdida de los componentes de la diversidad biológica, con una estructura sistémica y un enfoque holístico **(13)**.

En suma, la biodiversidad es vital para la supervivencia de los seres humanos, habiendo alertado la doctrina en cuanto a que "los especialistas más optimistas dicen que si la sexta extinción está en marcha (la primera causada por los hombres, habiendo sido naturales las precedentes), una nueva biodiversidad emergerá ciertamente. El problema, predicen, es que el hombre estará ausente si no progresa lo suficientemente rápido como para comprender que debe cesar en la destrucción" **(14)**.

(12) Expediente 904/20 del Senado de la Nación.

(13) MERENSON, Carlos — ESAIN, José A., "Aspectos básicos para una ley de conservación de la diversidad biológica". Publicado en: Sup. Amb. 14/07/2020, 2 - LA LEY 2020-D. Cita Online: AR/DOC/1986/2020.

(14) GUÉVEL, Didier, "Diversidad jurídica y diversidad biológica". Publicado en RDAmb 47, 5. Cita Online: AR/DOC/4673/2016.

Es por lo expuesto por lo que adquiere relevancia la sentencia que comentamos, en la cual la Corte Suprema resalta que la del Parque Nacional Calilegua es un área vulnerable y sensible a la actividad antrópica, que debe ser objeto de una enérgica protección jurídica, contando, además, con un paisaje de extraordinaria y singular belleza que merece la tutela del derecho.

Tanto la diversidad biológica como el paisaje se erigen, entonces, en dos bienes ambientales de enorme trascendencia actual, y reclaman una enfática tutela para el logro de las metas que deben alcanzar los países del mundo en el marco de los objetivos del desarrollo sostenible.

IV. Competencia judicial

Señalado lo expuesto con relación a las características del Parque Nacional Calilegua, la primera decisión que adopta la sentencia analizada está relacionada con la competencia judicial.

La causa se radica por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con motivo de la declaración de incompetencia dictada por el Juzgado Federal de Primera Instancia Nº 2 de Jujuy —estrado frente al cual los actores presentaron la demanda—, que adujo que el proceso debe tramitar ante la instancia originaria de la Corte, en razón de que se encuentra demandada una provincia y de que las pretensiones deducidas constituyen una cuestión de naturaleza federal.

La competencia judicial es una arista que ha sido debatida en una gran cantidad de precedentes con contenido ambiental, fundamentalmente a partir de lo reseñado por el art. 7º de la ley 25.675, el cual atribuye la aplicación de la norma a los tribunales ordinarios, según corresponda por el territorio, la materia o las personas.

A modo de excepción a esta regla, se asigna la competencia federal en aquellos casos en que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales.

La Corte Suprema —por mayoría **(15)**— en el caso que analizamos, entendió que el daño ambiental denunciado en el escrito de demanda afectaría justamente recursos de carácter interjurisdiccional, razón por la cual su juzgamiento corresponde al fuero federal.

Además, respaldó la conclusión propuesta por el Juzgado de Primera Instancia, en referencia a que la causa debía tramitar en instancia originaria de la Corte en virtud de lo normado por los arts. 116 y 117 de la CN.

A los efectos de analizar estos parámetros relativos a la competencia, y rememorando posturas adoptadas en precedentes del propio tribunal **(16)**, la Corte instrumentó medidas para obtener mayor información en torno a la situación ambiental del yacimiento Caimancito y del Parque Nacional Calilegua.

Explica la sentencia que, para la procedencia de la competencia prevista en el art. 117 de la CN en el carácter federal que se le asigna a la materia —sobre la base de la pretendida interjurisdiccionalidad—, basta con la exposición de los hechos y de los datos suministrados en los informes presentados ante el tribunal.

Según surge de dichos informes, la alegada contaminación proveniente del pozo E-3 —cuyos efluentes desaguan en el arroyo Yuto— importaría el compromiso de un recurso interjurisdiccional, ya que dicho arroyo es afluente del río San Francisco, atraviesa en un tramo el Parque Nacional Calilegua e impacta finalmente en la cuenca hidrográfica del río Bermejo, que abarca las provincias de Chaco, Formosa, Jujuy y Salta.

Resalta la Corte en este punto que el art. 3º de la ley 25.688 (Régimen de Gestión Ambiental de Aguas) establece que las cuencas hídricas son una "unidad ambiental de gestión de recurso", y que se consideran indivisibles, configurando un supuesto de competencia originaria *ratione materiae*.

Por otro lado, el tribunal funda también su intervención en instancia originaria en el hecho de que son parte en el pleito una repartición autárquica del Estado nacional —la Administración de Parques Nacionales— y un Estado provincial —la provincia de Jujuy—.

Se lee, entonces, en la sentencia que, sobre la base del derecho de la nación —o de una entidad nacional como es la APN— al fuero federal, y del derecho de la provincia a la jurisdicción originaria del tribunal (arts. 116 y 117 de la CN), debe declararse la competencia de la Corte Suprema.

En definitiva, el proceso corresponde a la jurisdicción federal tanto en razón de las partes involucradas como con relación a la materia debatida: se encuentran demandados el Estado nacional y la provincia de Jujuy, y, además, los procesos contaminantes afectarían un recurso interjurisdiccional en los términos del art. 7º de la ley 25.675.

V. Concepción ecocéntrica. *In dubio pro natura*

Antes de adentrarnos en la segunda decisión que contiene la parte resolutiva de la sentencia —la relativa a la medida cautelar peticionada por los actores—, referenciaremos a continuación algunas ideas que señala la propia Corte y que exponen el marco teórico a partir del cual adoptará la resolución final en el presente caso.

Ratifica aquí el tribunal dos principios basilares del Estado de derecho ambiental que ya había recepcionado en otros precedentes **(17)**.

En primer lugar, se resalta que la regulación jurídica en casos que involucran los recursos naturales o los sistemas ecológicos ya no puede basarse en un modelo antropocéntrico.

(15) El voto mayoritario fue firmado por los Dres. Juan Carlos Maqueda, Ricardo L. Lorenzetti y Horacio Rosatti; mientras que la Dra. Elena Highton de Nolasco se pronunció en disidencia.

(16) Se citan en la sentencia las siguientes causas: "Lavado, Diego J. y otros", CS, Fallos: 330:111; "Salas, Dino y otros", CS, Fallos: 331:2797 y 2925; CSJ 175/2007 (43-V)/CS1 "Vargas, Ricardo M. c. San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental", sentencia del 24 de abril de 2012.

(17) Para ampliar: CAFFERATTA, Néstor — LORENZETTI, Pablo, "El paradigma sistémico y ecocéntrico del Derecho Ambiental". Publicado en Revista de Derecho Público, 2019-2. "25 Años de la Reforma Constitucional de 1994 - II", Ed. Rubinzal-Culzoni.

Por el contrario, el paradigma jurídico que ordena la regulación de estos bienes colectivos es ecocéntrico o sistémico y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema.

Esta circunstancia, en el marco del Estado de derecho ambiental, genera un cambio copernicano en el vínculo entre las regulaciones jurídicas y la naturaleza.

Lo que se pretende es garantizar la calidad de los bienes ambientales en términos ecosistémicos e independientemente de la satisfacción que estos produzcan a los ocasionales habitantes del planeta. Las generaciones actuales ya no ostentan un carácter exclusivo ni central en las regulaciones jurídicas, sino que emergen como sujetos responsables de disfrutar del ambiente, para luego legarlo en condiciones razonables a quienes los sucederán.

Se resalta bajo este prisma que la Constitución Nacional consagra —a la par del derecho fundamental al disfrute de un ambiente sano y equilibrado— verdaderos deberes positivos con relación a la preservación y protección de los bienes comunes; adicionándose en la sentencia que estos deberes son el correlato que los ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras.

Denotan estas premisas una característica particular de la materia que abordamos, debido a que no es usual hallar en la Constitución Nacional deberes concretos en cabeza de los ciudadanos. El énfasis colocado por la Corte en este tópico deriva de la idea consistente en que la persona humana forma parte del ambiente, de manera que resulta indispensable la promoción de medidas que aseguren la sustentabilidad del planeta como "casa común" **(18)**.

En segundo lugar, expresa la sentencia que, al tratarse de la protección de un parque nacional considerado reserva de biosfera y parte integrante de una cuenca hídrica, se debe aplicar 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 medioambiente, 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 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).

Se especifica también que —a la par del *in dubio pro natura*— el principio *in dubio pro aqua* establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasilia *Declaration of Judges on Water Justice*. Brasilia, 21 de marzo de 2018).

Estos dos principios —*in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*— impactan decididamente en la teoría de la argumentación, debido a que, a la hora de aplicar e interpretar las normas que regulan las relaciones jurídicas, se debe dar protección —claro está— a los derechos individuales, pero teniendo en cuenta que dichas prerrogativas se encuentran limitadas por la protección del medioambiente y del resto de los bienes comunes.

Señala la doctrina que la formulación de estos principios se justifica por la disparidad habitual que existe entre las partes involucradas en los eventuales conflictos relativos al ambiente: por un lado, se encuentran el medioambiente y los intereses difusos y colectivos de una población que no cuenta con conocimientos científicos y técnicos sobre una actividad que puede afectarla, y, por el otro, la apreciación de las autoridades administrativas o judiciales sobre un asunto jurídico que involucra una antinomia entre reglas, la ausencia de previsión normativa, la concreción de un concepto jurídico-normativo, el análisis de la prueba, el alcance temporal de la norma o la necesidad de integrarla en los sistemas y microsistemas jurídicos **(19)**.

(18) Así considera el planeta el papa Francisco en la "Encíclica Laudato Si", publicada el 24/05/2015.

(19) CAPPELLI, Sílvia, "In dubio pro natura". Publicado en: RDAmb 63, 3. Cita Online: AR/DOC/2552/2020.

A diferencia del principio precautorio —que adquiere operatividad en supuestos de incerteza científica—, el *in dubio pro natura* actúa en casos de incertidumbre jurídica.

Explica la doctrina en este punto que el *in dubio pro natura* sirve como un principio metodológico para cooperar en los análisis de quienes toman decisiones (autoridades administrativas o judiciales), con el fin de llegar a la interpretación más beneficiosa para el medioambiente. Se trata de una metanorma que, en su condición de instrumental e interpretativa, es abierta **(20)**.

A lo largo del tiempo, las reglas tendientes a favorecer a los sujetos más débiles de las relaciones jurídicas fueron interpretadas y aplicadas sin ningún tipo de dudas y de modo enfático y razonable.

Es así que en cualquier hipótesis de conflicto se impone resolver *in dubio pro debilis*, *in dubio pro trabajador* o *in dubio pro consumidor*, según el caso de que se trate.

El advenimiento del *in dubio pro natura* contribuirá generalmente a definir problemas que enfrentan los bienes comunes con actividades o proyectos promovidos por personas físicas y jurídicas contaminantes, tal como es el caso de la sentencia en análisis.

En definitiva, frente a un hipotético conflicto entre ambas categorías de derechos, por imperio de los principios reseñados —en consonancia con lo normado por los arts. 14, 240 y cc. del Cód. Civ. y Com.—, debería prevalecer aquella solución que tutele en mejor y en mayor medida los bienes colectivos ambientales.

Claro está que la idea no es aniquilar o suprimir derechos, sino, por el contrario, armonizarlos y tratar de satisfacer al máximo posible cada uno de ellos.

Se trata, por fin, de premisas que se enmarcan también en la noción de función socioambiental en el ejercicio de los derechos fundamentales, cuya fuente constitucional está fuera de discusión en nuestro ordenamiento jurídico **(21)**.

(20) BRYNER, Nicholas, "In Dubio pro Natura: A Principle for Strengthening Environmental Rule of Law". Publicado en Revista de Direito Ambiental, vol. 78. *Revista dos Tribunais, San Pablo, abril-junio de 2015, ps. 245-258.*

VI. Constitucionalización de la cultura jurídica. Diálogo de fuentes

A la par de la concepción paradigmática expuesta en el título que antecede, la Corte Suprema aborda otras dos cuestiones —en este caso, relativas a la teoría de la decisión judicial— trascendentales para la resolución de conflictos complejos, tales como los que analiza la sentencia en estudio.

La primera de estas dos construcciones teóricas es la de la constitucionalización de la cultura jurídica **(22)**.

Se lee en la resolución que el derecho ambiental, dentro del cual se inscribe la necesaria defensa de los parques nacionales y de las reservas estrictas frente a actividades prohibidas, tiene en nuestro sistema jerarquía legal y tutela constitucional (art. 41, CN).

Nótese que, en el campo del derecho privado, desde el primero de sus artículos, el Código Civil y Comercial dispone que los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tra-

(21) Hemos trabajado estas ideas vinculadas a la función ambiental, entre otros, en LORENZETTI, Ricardo L. — LORENZETTI, Pablo, "Derecho Ambiental", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2018, cap. VI: "La función ambiental". LORENZETTI, Pablo, "La función ecológica en el Estado de Derecho Ambiental Argentino". Publicado en *IUCN WCEL Country and Region Reports el 16/07/2018. CAFFERATTA, Néstor — LORENZETTI, Pablo, "El paradigma ambiental según el Código Civil y Comercial". Publicado en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Actualización doctrinal y jurisprudencial,* Ricardo Lorenzetti (dir.) — Pablo Lorenzetti - María Paula Pontoriero (coords.), Ed. Rubinzal-Culzoni, 2018, t. XII-A, p. 219.

(22) Optamos por esta expresión ("constitucionalización de la cultura jurídica") que resulta más amplia que la mayormente difundida "constitucionalización del derecho privado", siguiendo las enseñanzas del profesor Miguel Federico de Lorenzo, expuestas, entre otros interesantes trabajos, en los siguientes: "Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana". Publicado en LA LEY 19/10/2011, 1. "Repensar al "otro": reflexiones sobre el derecho civil". Publicado en SJA 17/04/2019, 3.

tados de derechos humanos en los que la República sea parte.

Pues bien, es esto lo que remarca la Corte Suprema en el caso que analizamos, ya que las reglas de armonización entre derechos individuales —explotación de recursos hidrocarburíferos— y colectivos —tutela de la biodiversidad y del paisaje de un parque nacional— parten de la Constitución Nacional y del sistema de derechos fundamentales, al cual nuestro país se encuentra afiliado.

Las generaciones futuras son comprendidas como verdaderos sujetos de derecho constitucional —a aquellas también se refiere la sentencia que estamos estudiando— y se hallan igualmente amparadas por el art. 41 de la Carta Magna.

De este modo, este tipo de conflictos ambientales necesariamente deben valorarse y resolverse al amparo del paradigma constitucional.

Añade en este punto la Corte una reflexión que ha reiterado también en varios precedentes relativos a la materia, en cuanto a que la Constitución Nacional tutela el ambiente de modo claro y contundente, premisa que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de derecho.

Se ha definido esta noción del siguiente modo: "El Estado de Derecho en materia ambiental se entiende como el marco jurídico de derechos y obligaciones sustantivos y procesales que incorpora los principios del desarrollo ecológicamente sostenible en el Estado de Derecho. El fortalecimiento del Estado de Derecho en materia ambiental constituye la clave para la protección, conservación y restauración de la integridad ambiental. Sin él, la gobernanza ambiental y el cumplimiento de los derechos y obligaciones podrían tornarse arbitrarios, subjetivos e impredecibles" **(23)**.

Teniendo en cuenta que la problemática ambiental debe abordarse a escala planetaria, el logro de la eficacia del derecho ambiental pareciera exigir una especie de visión expansiva del Estado constitucional de derecho o, al menos, de los principios de protección ambiental constitucionalmente consagrados por sobre la estructura clásica del Estado, cada día más insuficiente para atender con eficacia cuestiones de alcance global.

De este modo, y tal como lo establece el art. 5º de la ley 25.675, todas las políticas públicas que se instrumenten en los Estados deben incorporar la variable ambiental en pos de la preservación de los bienes comunes.

El segundo de los puntos que parece interesante explorar bajo este acápite es el relativo al diálogo de fuentes, razonamiento también muy estudiado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en conflictos referidos a derechos fundamentales contrapuestos o competitivos entre sí **(24)**.

Se lee en la sentencia que comentamos que del juego armónico de la regulación aplicable surgiría que la actividad petrolera dentro de un parque nacional está expresamente prohibida por la ley 22.351 de Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales, y viola las leyes 17.319 de Hidrocarburos, 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de Bosques Nativos, y la ley25.675 General del Ambiente.

Se agrega que esta situación ha sido reconocida en 2016 por el Consejo Federal de Medio Ambiente, que declaró de interés federal la remediación del Parque Nacional Calilegua (Declaración COFEMA 2/2016, 19 de mayo de 2016).

Con relación al tratamiento de la medida cautelar requerida, el abordaje de las fuentes es también plural, manifestando la Corte que numerosas normas de aplicación al caso dan fundamento procesal a la cuestión: los arts. 195 y

(23) UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA, "Declaración Mundial de la UICN acerca del Estado de Derecho en materia ambiental". Elaborada en el marco del Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, Río de Janeiro, 2016.

(24) En lo que hace particularmente a nuestra materia, sostiene Néstor Cafferatta, en un artículo en el cual analiza de manera exhaustiva algunos de los puntos que brevemente insinuamos en el presente trabajo, que "el derecho ambiental contiene la lógica del funcionamiento dialógico" ("Del diálogo de fuentes como método de aplicación del Derecho Ambiental"). Publicado en: RDAmb 63, 23. Cita Online: AR/DOC/2548/2020.

concs. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, los arts. 1º, 4º, inc. 3º, 5º, párr. 3º, y concs. de la ley 26.854, las medidas cautelares en las causas en que es parte o interviene el Estado nacional, por tratarse en el caso de la eficacia en la defensa de un derecho ambiental, y, en lo sustancial, los arts. 32 de la ley 25.675 General del Ambiente y los arts. 1710, 1711 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Resaltamos, entonces, que no es posible resolver este tipo de casos complejos aplicando mecanismos de mera subsunción normativa, sino que resulta imperioso obrar como ha hecho la Corte Suprema tanto en este como en gran parte de sus precedentes.

La construcción de una solución particular a cada diferendo debe partir necesariamente de una interpretación coherente y armónica de todas las fuentes posibles, cuya determinación requiere: a) delimitar con precisión el conflicto de normas y fuentes a fin de reducirlo al mínimo posible, para buscar una coherencia que el intérprete debe presumir en el ordenamiento normativo; b) proceder a una armonización ponderando los principios jurídicos aplicables; c) considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos **(25)**.

Nótese que, en este caso particular, la Corte analiza normas constitucionales e infraconstitucionales, nacionales y provinciales, de presupuestos mínimos y complementarias, de fondo y de forma, de derecho público y privado, civiles, ambientales y de derecho administrativo, entre otras.

De este modo, el diálogo de fuentes es tanto horizontal (entre sistemas y microsistemas o leyes especiales) como vertical (entre la Constitución Nacional y los tratados de derechos fundamentales, por un lado, y la normativa local de inferior jerarquía, por otro) **(26)**.

Es así que en muchas ocasiones la clave está en la habilidad con que cuente el intérprete para manejar razonablemente todas y cada una de las fuentes que convergen en el caso particular **(27)**, material normativo que —aplicado bajo los estándares convencionales y constitucionales vigentes— usualmente redunda en soluciones efectivas.

Estas premisas deberían ser tenidas en cuenta, por ejemplo, en gran cantidad de conflictos sociales en los cuales se reclama constantemente la sanción de nuevas leyes de todo tipo, sin advertir que las soluciones pueden hallarse fácilmente en los valores, los principios y las reglas contenidos en la normativa ya vigente. Solo se requiere de razonamientos algo más sofisticados y creativos, siempre dentro del respeto de la división de poderes y del debido proceso.

En definitiva, expone la Corte en el caso que nos ocupa que, de la pluralidad de fuentes analizadas, se desprende que, en todas las áreas protegidas la actividad humana está restringida y subordinada a la conservación, quedando sujeta a un régimen especial y distinto a todos aquellos espacios no declarados protegidos, ya que la finalidad de los parques nacionales es la preservación del ambiente y del ecosistema.

Es por este motivo que el tribunal adopta una postura preventiva y precautoria con relación a los bienes comunes tutelados, lo cual conduce luego a la adopción de la medida cautelar que se dispone en la parte resolutiva.

---

(25) CS, "Telefónica Móviles Argentina SA - Telefónica Argentina SA c. Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad". 02/07/2019. Cita Online: AR/JUR/20503/2019.

(26) Con relación a la variante "vertical", el profesor brasileño Tiago Fensterseifer habla de un derecho ambiental "sin fronteras", en el marco del cual se consolida cada vez más la apertura normativa y el diálogo entre diferentes dimensiones jurídicas tales como la internacional, regional, comunitaria, nacional y subnacional ("O diálogo das fontes normativas na perspectiva do Direito Ambiental". Publicado en http://genjuridico.com.br/2021/02/03/dialogo-fontes-normativas-ambiental/).

(27) El art. 2º del Cód. Civ. y Com. exige a los operadores del campo legal interpretar la legislación teniendo en 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; mientras que el art. 3º dispone que los jueces y juezas deben resolver los casos mediante una decisión razonablemente fundada.

VII. Prevención y precaución de daños y riesgos ambientales

Bajo el marco conceptual que hasta aquí hemos expuesto, la sentencia en análisis se posiciona en un ámbito típicamente característico en lo que hace a la protección de los bienes comunes: los mecanismos de tutela inhibitoria.

Observa de este modo el tribunal algunas consideraciones que imponen la necesidad de adoptar medidas tendientes a evitar la agravación de daños actuales y a prevenir la concreción de riesgos futuros.

Se tiene en cuenta para ello la falta de inversiones destinadas a mejorar la infraestructura asociada a la explotación y al incumplimiento, por cada una de las operadoras, del requerimiento que les fuera hecho en relación con el plan detallado del trabajo a desarrollar a lo largo de la concesión y de su correspondiente evaluación de impacto ambiental.

Referencia la Corte Suprema un relevamiento obrante en la causa, que da cuenta de que en el área Caimancito del Parque Nacional Calilegua conviven dos realidades relevantes, por cuanto —por un lado— se trata de un lugar de alto valor en materia de conservación de la biodiversidad de las yungas, en el que —por otro lado— desde hace décadas se desarrolla una explotación petrolera, actividad que —por su propia naturaleza y características— entraña serios riesgos ambientales.

Se resalta también en la sentencia que este riesgo y la necesidad de adoptar medidas preventivas ha sido incluso reconocido por el Estado nacional en el informe del jefe de Gabinete de Ministros a la Cámara de Diputados de la Nación de 2014 (informe JGM 86, 2014), en el cual se indica que "... los pozos abandonados sin el adecuado sellado (res. SEyC 5/1996) corren riesgos de sufrir daños en su estructura con el paso del tiempo y dar lugar a derrames de hidrocarburos y aguas de formación, elementos ambos muy contaminantes a nivel de suelo y agua. Otros riesgos asociados a la explotación petrolera en el Yacimiento Caimancito son la posible contaminación por derrame de petróleo por rotura de ductos, piletas o arboles de producción, la probabilidad de ocurrencia de incendios, entre otros...".

Con base en los riesgos relatados, se lee en la resolución que la empresa Petro AP presentó, en fecha 24 de abril de 2017, un Proyecto de Plan de Cierre Sustentable del Yacimiento Caimancito ante la Secretaría de Minería e Hidrocarburos de la provincia de Jujuy, pero resultó rechazado por la mencionada Secretaría por no cumplir con la normativa ambiental vigente.

Luego, mediante dec. prov. 4442 de fecha 31/07/2017, se estableció un plazo de ciento veinte días corridos para la presentación del plan ejecutivo de cese, abandono de pozos y remediación ambiental del área CON-3 Caimancito.

Posteriormente, la provincia de Jujuy interpuso demanda cautelar por ante el Juzgado Federal de Primera Instancia Nº 2 de la ciudad capital, mediante la cual solicitó —entre otras pretensiones— que la empresa se abstuviera de alterar el estado de hecho del yacimiento y de los pozos hidrocarburíferos situados en el Parque Nacional Calilegua, previa constatación del estado existente en la zona en cuestión; pretendiendo con esta medida la provincia resguardarse del posible incumplimiento en el cese de la explotación y de la omisión por parte de la empresa en cuanto a la remediación ambiental.

Es evidente, entonces, que la adopción de mecanismos de tutela inhibitoria que contiene el plexo normativo aplicable **(28)** se activa en este caso frente a la ineficacia de todas las actuaciones administrativas y judiciales previas que se enumeran en la sentencia.

Es decir que, con motivo de verificarse la posibilidad, en grado de certeza, de que la explotación hidrocarburífera constituye un grave problema ambiental, puesto que afecta a un área de alto valor ecológico, se impone la adopción de los instrumentos preventivos que luego el tribunal especifica al momento de dictar la medida cautelar que analizaremos en el título que sigue.

(28) V.gr.: art. 41 de la CN; arts. 14, 240, 1710 a 1713 del Cód. Civ. y Com.; arts. 4º, 27 a 33 de la ley 25.675.

Estamos en presencia de instrumentos de prevención específica sumamente útiles para la eventualidad de daños irreparables o catastróficos, supuestos en los cuales las medidas de tutela inhibitoria no surgen de la decisión del propio autor de la conducta potencialmente riesgosa (tal como sucede en las hipótesis de prevención general), y no se verifica —*prima facie*— un efecto disuasivo de las normas resarcitorias de responsabilidad civil **(29)**.

Adiciona la resolución en análisis que igual temperamento ha de adoptarse para evitar aquellos probables riesgos que deriven de la actividad contaminante y respecto de los cuales no se verifique —*prima facie*— un vínculo causal cierto en términos científicos.

Ello así, en virtud de lo regulado para estos casos por el principio precautorio en materia ambiental **(30)**.

Vinculando los dos principios que analizamos en este título con la teoría general del proceso, se ha explicado que estos definen y diseñan las medidas cautelares ambientales, a las cuales asignan caracteres y abordajes que no se compadecen con las solicitadas en otras temáticas, y permiten minimizar las exigencias para el otorgamiento de este tipo de tutelas urgentes **(31)**.

Concluye finalmente la Corte que debe aplicarse el principio de prevención y —en la duda técnica— el principio precautorio, que dan fuerza y justifican la anticipación de la prestación jurisdiccional, mediante la cautelar de cesación y suspensión de la actividad petrolera en el Parque Nacional Calilegua y en el pozo Ca.e3, que se ordena en la sentencia.

VIII. Medidas cautelares para la tutela de bienes colectivos

Con base en los principios y valores relativos al paradigma ambiental que hemos analizado en los títulos que anteceden, la Corte Suprema considera procedente el dictado de una medida cautelar consistente —tal como adelantamos— en el cese de la explotación de hidrocarburos llevada a cabo dentro del Parque Nacional Calilegua.

Se funda esta decisión en la necesidad de impedir la producción de un daño ambiental de incidencia colectiva (art. 27 ley 25.675 General del Ambiente), o, como en el caso, que continúe o se agrave la degradación del ambiente (arts. 1710 y 1711, del Cód. Civ. y Com.).

Es interesante esta argumentación que trae el tribunal porque denota la utilidad del sistema de responsabilidad civil —diseñado tanto por el derecho privado constitucionalizado plasmado en el Código Civil y Comercial como por el microsistema de presupuestos mínimos de protección ambiental contenido en la ley 25.675— para la adopción de medidas cautelares tendientes a la evitación de daños.

En este sentido, las funciones preventiva y precautoria del derecho de daños se activan frente a conductas que de modo cierto o incierto —pero probable— puedan afectar negativamente los bienes colectivos y, en este caso particular, la biodiversidad alojada en el Parque Nacional Calilegua.

Nótese, además, que el art. 1713 del Cód. Civ. y Com. exige a los jueces y juezas ponderar el medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad preventiva, de modo que se habilita a los magistrados a que modelen el trámite de la causa para adoptar medidas cautelares —aun de oficio— que resulten lo más

(29) ACCIARRI, Hugo A., "Funciones del derecho de daños y de prevención". Publicado en LA LEY 04/02/2013. Cita Online: AR/DOC/179/2013.

(30) En mérito a la extensión de este trabajo, no adicionaremos aquí consideraciones relativas al principio precautorio, sobre el cual tanto la doctrina como la jurisprudencia se han explayado de modo sumamente amplio. Ver, entre otros: CAFFERATTA, Néstor A. "El principio precautorio en el Derecho Ambiental". Publicado en: RCyS 2014-I, 5 - LA LEY 19/02/2014, 1. BESTANI, Adriana, "Principio de precaución", Ed. Astrea, 2012. LORENZETTI, Pablo, "Tutela inhibitoria en materia ambiental: función preventiva y función precautoria de la responsabilidad civil". Publicado en *Revista de Derecho de Daños, Año 2016-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, noviembre de 2016.*

(31) FALBO, Aníbal J., "La medida cautelar ambiental en el proceso colectivo ambiental". Publicado en: Sup. Amb. 10/03/2017, 1. Cita Online: AR/DOC/459/2017.

adecuadas posible para el tipo de derecho cuya lesión se avizora **(32)**.

Analiza en este marco el tribunal los requisitos de procedencia de las medidas cautelares para la tutela de los bienes colectivos, argumentando que se encuentran verificados en este caso no solo por la alegación de los hechos contenidos en la demanda, sino también por la prueba aportada en esta etapa introductoria del proceso; todo lo cual acredita en grado de suficiente verosimilitud que se estaría contaminando el arroyo Yuto de la provincia de Jujuy, a causa del derrame en el pozo petrolero Ca.e3 —ubicado en las proximidades del Parque Calilegua—, que se halla en estado de abandono desde 1970.

Se explica que resulta manifiestamente verosímil: a) que habría una afectación severa o contaminación por derrame de un pozo petrolero abandonado de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional identificado como una cuenca hídrica, compuesta en su conjunto y unidad ecosistémica por el arroyo Yuto, afluente del río San Francisco, que desagua en la cuenca del río Bermejo; b) que habría efectiva degradación ambiental de un área natural especialmente protegida, categorizada legalmente como reserva natural estricta —Parque Nacional Calilegua—, cuya conservación es prioritaria, no solo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras.

Con relación al peligro en la demora, sostiene el tribunal que de la información aportada surge que la actividad —si bien ha ido disminuyendo— importaría una continua degradación que solo desaparecerá con el cierre definitivo de la explotación; mientras que a la fecha no existen planes de trabajo con identificación de pasivos ambientales, plazos ciertos de implementación y costos de la actividad tendientes a la remediación.

Los daños ambientales son —en su gran mayoría y casi por antonomasia— sumamente graves e irreversibles; de modo que su evitación no tolera dilaciones en el tiempo.

Aplican aquí perfectamente las reflexiones aportadas por la querida profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, quien expone: "Alguien podría preguntarse: ¿qué utilidad tienen los procedimientos cautelares o de urgencia en un proceso que por su naturaleza debiera ser rápido? El gran procesalista Piero Pajardi, a quien se atribuye haber instalado la categoría de la llamada jurisdicción de urgencia en la Casación italiana, responde: 'No hay ningún tipo de procedimiento que en algún momento no tenga que acudir a una medida de urgencia; por ejemplo, se supone que el proceso ejecutivo es rápido; sin embargo, requiere de medidas urgentes; aun en la cirugía de urgencia puede presentarse una situación que puede calificarse de cirugía urgentísima'" **(33)**.

Pues buen, los procesos ambientales podrían calificarse en los términos de la cita como "cirugías urgentes" en las cuales, aun así, se requieren "cirugías urgentísimas" (léase: medidas cautelares dentro del proceso marco), tales como las adoptadas en la resolución que en este artículo comentamos.

Ello así, máxime teniendo en cuenta que usualmente los juicios se extienden en el tiempo, lo cual genera demoras incompatibles con el objetivo central de este tipo de trámites, cual es el de la eficacia procesal ambiental. Frente a todo ello es que se deberá acudir inexorablemente a la teoría general de las medidas cautelares, adaptada al particular contexto de lo ambiental **(34)**.

En cuanto al tercero y último requisito de las medidas cautelares, expone la Corte que la manifiesta verosimilitud del derecho, la relevancia del bien colectivo en juego, la urgencia en la necesidad de adoptar medidas de prevención y el ejercicio de las amplias facultades judiciales

(32) CAMPS, Carlos E. "El amparo ambiental y la pretensión preventiva de daños: la lucha por la eficacia procesal". Publicado en: RDAmb 53, 11. Cita Online: AR/DOC/2856/2018.

(33) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Los recursos limitados y el amparo como instrumento de acceso a la salud". Publicado en: LA LEY 09/09/2020, 1.

(34) CAMPS, Carlos E., "Eficacia cautelar ambiental". Publicado en SJA 18/12/2013, 4. Cita Online: AR/DOC/6788/2013.

dispuestas en el art. 32 de la ley 25.675 derivan en que no corresponde exigir contracautela real.

Ello así, fundado, además, en lo normado por el dispositivo citado *ut supra* en cuanto a que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie.

Por el contrario, en el campo ambiental, las reglas procesales —incluidas las relativas a las medidas cautelares— se flexibilizan a los efectos de ser adaptadas al fondo de la cuestión debatida en cada caso, y no a la inversa.

Merece además destacarse que no ha sido óbice en este caso que el objeto de la medida cautelar coincida —en parte— con la pretensión de fondo, circunstancia que suele ser invocada por los tribunales a la hora de rechazar determinadas cautelares peticionadas por los accionantes.

En este caso, la gravedad de la situación en análisis y la entidad de los bienes jurídicos que pretenden tutelarse justifican el apartamiento de esta posición clásica y restrictiva con relación a las medidas cautelares.

Concluye, entonces, la Corte Suprema que habría afectación del Parque Nacional Calilegua, entre otras razones, por la deficiente infraestructura para el desarrollo de la explotación petrolera en dicha área, puesta de manifiesto, por ejemplo, en la presencia de caminos y picadas —que interfieren el escurrimiento natural de las aguas y generan inestabilidad de las laderas, con el consecuente proceso erosivo del suelo—, baterías, conducciones y piletas de petróleo o residuos petrolíferos y locaciones de pozos; todo lo cual debe cesar provisoriamente como actividad generadora de daño ambiental colectivo (art. 30, *in fine,* ley 25.675), con carácter urgente, razón por la cual se decide disponer la suspensión de la actividad en cuestión, hasta que se resuelva la causa en definitiva.

IX. Algunas reflexiones finales

Concluimos nuestro análisis retomando algunas ideas que enunciáramos en la introducción a este trabajo.

La sentencia que estudiamos forma parte de un conjunto de precedentes que marcan una clara posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la defensa de los principios, valores y reglas del Estado de derecho ambiental.

Nótese que la resolución que seleccionamos para comentar es solo el comienzo de un proceso que seguramente continuará su trámite con todo tipo de planteos, pruebas y argumentos que desarrollarán las partes, para luego culminar con una sentencia definitiva.

Sin embargo, fue nuestra intención destacar aquí la utilidad que ostenta el hecho de que los tribunales dejen claramente plasmado ya desde el inicio de cada proceso cuál será el paradigma o esquema de razonamiento a partir del cual encararán la solución del conflicto.

Por un lado, este mecanismo coadyuva notablemente a incrementar el efectivo cumplimiento de las mandas judiciales y, con ello, la mayor y mejor satisfacción de los derechos fundamentales que se encuentran en juego en el pleito.

En tal inteligencia, los instrumentos de tutela inhibitoria desarrollados en la sentencia que estudiamos son —en general— imprescindibles en la órbita de los bienes colectivos ambientales.

Por otro lado, es importante la visión paradigmática que se expone desde el inicio en este tipo de procesos —concepción ecocéntrica y sistémica, *in dubio pro ambiente*, derecho/deber de protección de los bienes comunes, racionalidad preventiva/precautoria—, ya que genera previsibilidad y seguridad jurídica para los justiciables.

Ello así, porque se trata de valores y de principios que tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como gran parte de los demás tribunales de nuestro país vienen consolidando en cada uno de sus precedentes.

Más allá de la solución particular de cada caso, lo trascendente es que el paradigma constitucional ambiental es siempre el mismo, independientemente de que cambien las personas que adoptan las decisiones, las partes del proceso o el objeto de cada acción.

El paradigma está antes o por encima de todas las particularidades reseñadas y funciona como

reaseguro o garantía de cumplimiento de los derechos fundamentales que consagran tanto la Constitución Nacional como los tratados de derechos humanos actualmente vigentes.

Es por ello que en la introducción a este trabajo hablamos de verdaderas políticas públicas que perduran en el tiempo y que deben ser defendidas por los Poderes Judiciales.

En este esquema, reflexiona la doctrina constitucionalista en cuanto a que "alguien podrá suponer que todo lo que la Corte ha hecho y hace es dictar sentencias. Sí y no. Dictar sentencias es también gobernar. Y cuando esas sentencias las dicta el más alto tribunal que es la cabeza y titular del poder judicial, ¿'su' parte de gobierno no se vuelve más importante?

"(...) En la política como praxis de los gobernantes, toda la tarea de interpretación y control constitucionales, de enriquecimiento del derecho positivo, de inoculación de mayores dosis de justicia, de proporcionar pautas, de garantizar la libertad, etc., es articular día a día el plan de la política estatal, el programa de lo que debe hacer el Estado en orden al bien común.

"Por su estabilidad, por su independencia y por su misma función de administrar justicia y decir el derecho, la permanencia de las grandes directrices trazadas desde su jurisprudencia, hacen de la Corte el órgano de gobierno con mayores garantías. La Corte, sin escapar al ritmo histórico, vive al ritmo pausado de la propia Constitución" **(35)**.

No podemos sino acordar con las enseñanzas de Bidart Campos con relación al rol central que despliega la Corte Suprema de Justicia en la promoción de los derechos fundamentales que garantiza la Constitución Nacional.

Consideramos que, solo razonando de este modo, los instrumentos jurídicos de que disponemos resultarán útiles para contribuir a evitar —o, al menos, morigerar— las catástrofes ambientales a las que estamos expuestos a diario y de modo cada vez más persistente.

De lo contrario, y como lo recalca la cita que incluimos en el epígrafe de este trabajo, la Tierra continuará expresándose a su modo hasta que logre sacarse de encima a su peor enemigo.

---

(35) BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, 1979, 2ª ed., p. 731.

DAÑO AMBIENTAL

Comentario sobre la Comunicación de la Comisión Europea respecto de las directrices por las que se proporciona un concepto común del término "daño medioambiental" (2021/C 118/01)

Carlos Aníbal Rodríguez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Necesidad del término "daño medioambiental".— III. Contenido de la norma.— IV. La definición de daño medioambiental.— V. Efectos adversos, mensurables, directos e indirectos.— VI. Análisis general de "daño medioambiental".— VII. Responsabilidad por el daño ambiental. Responsabilidad objetiva.— VIII. Nexo causal de la responsabilidad medioambiental.— IX. Los bienes protegidos en particular.— X. Conclusiones.

I. Introducción

La directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21/04/2004 **(1)**, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales ("la directiva sobre responsabilidad

(*) 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, exdirector de As. Jurídicos del H. Senado de Corrientes; exsecretario académico y exvicedecano de la Facultad de Derecho (UNNE). Profesor titular por concurso de Derecho Agrario y Ambiental y de Economía Política (UNNE).

(1) Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21/04/2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Dicha directiva establece el concepto de daño ambiental: 1. "daño medioambiental" : a) los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el anexo I; los daños a las especies y hábitats naturales protegidos no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado por las autoridades competentes de conformidad con disposiciones que apliquen los apartados 3 y 4 del art. 6 o el art. 16 de la directiva 92/43/CEE o el art. 9 de la directiva 79/409/CEE, o, en el caso de hábitats o especies no regulados por el derecho comunitario, de conformidad con disposiciones equivalentes de la legislación nacional sobre conservación de la naturaleza; b) los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico, definidos en la directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión, con excepción de los efectos adversos a los que se aplica el apartado 7 del art. 4 de dicha directiva; c) los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana, debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo.

medioambiental" o "la directiva"), tiene por objeto establecer un marco de responsabilidad medioambiental, basado en el principio de "quien contamina paga", para la prevención y la reparación de los daños medioambientales. Una modificación adoptada en 2019 obliga a la Comisión Europea a desarrollar unas directrices que proporcionen un concepto común del término "daño medioambiental", tal como se define en el art. 2 de la directiva.

Dichas directrices se establecen por medio de la comunicación en comentario **(2)**.

La directiva ha sido modificada en cuatro ocasiones, respectivamente por medio de la directiva 2006/21/CE (DO L 102 de 11.4.2006, p. 15), la directiva 2009/31/CE (DO L 140 de 5.6.2009, p. 114), la directiva 2013/30/UE (DO L 178 de 28.6.2013, p. 66) y el reglamento (UE) 2019/1010 (DO L 170 de 25.6.2019, p. 115). El efecto de la modificación fue la inserción del siguiente texto en el art. 18, apartado 3, de la directiva: "A más tardar el 31 de diciembre de 2020, la Comisión desarrollará unas directrices que proporcionen un concepto común del término 'daño medioambiental'", tal como se define en el art. 2.

En el derecho comparado, el concepto jurídico de medioambiente fluctúa entre una noción en sentido estricto —que reduce lo medioambiental al campo meramente físico— y un concepto amplio —con la inclusión del elemento cultural como parte integrante del concepto— **(3)**. Evidentemente, la directriz parte del primer concepto.

II. Necesidad del término "daño medioambiental"

En el régimen de la directiva, el término "daño medioambiental" es esencial. Se utiliza para definir el fin general de la directiva. Cuando se producen daños medioambientales o cuando existe la amenaza de que puedan producirse, se activan obligaciones de acción preventiva o reparadora para los operadores, así como obligaciones conexas para las autoridades competentes, mientras que otras personas tienen derecho a solicitar que se emprendan acciones. En caso de daños transfronterizos que afecten a más de un Estado miembro, se activan obligaciones de cooperación entre los Estados miembros.

Las presentes directrices —que comentamos—, relativas al concepto común de daño medioambiental, satisfacen una necesidad detectada en una evaluación de la directiva realizada por la Comisión en 2016 ("la evaluación"). Dicha evaluación concluyó que la aplicación de la directiva se dificultaba por la notable falta de uniformidad en la aplicación de conceptos clave, en particular los relacionados con el daño medioambiental.

El objetivo de las directrices es proporcionar un concepto común de la definición; su contenido es analítico y detallado. Aunque no están destinadas en exclusiva a ningún grupo de lectores concreto, están pensadas para que sean útiles en particular a los siguientes, todos los cuales desempeñan alguna función en virtud de la directiva: Estados miembros, autoridades competentes, operadores, personas físicas y jurídicas y proveedores de garantías financieras. Con las directrices se intenta superar de la mejor manera posible las dificultades de interpretación que han surgido ya o que cabe razonablemente esperar que puedan surgir en el futuro. Para ello se analiza minuciosamente la definición de "daño medioambiental" en todos sus extremos, poniendo el foco en pormenores que cabe deducir de la redacción de la directiva y del contexto jurídico y normativo, y haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («el TJUE» o «el tribunal»), que puede ayudar a aclarar diferentes aspectos de la definición, bien directamente, o bien por analogía.

Las directrices se han elaborado bajo la responsabilidad exclusiva de la Comisión. Sin embargo, solo el tribunal es competente para

(2) "Comentario sobre las Directrices por las que se proporciona un concepto común del término "daño medioambiental" tal como se define en el art. 2 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (2021/C 118/01)". Ver en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2021:118:FULL&from=EN.

(3) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El Daño Ambiental en el Derecho Privado", en MOSSET IURRASPE, HUTCHINSON, Tomás, DONNA, Edgardo Alberto, "Daño Ambiental", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, 2ª ed., p. 43.

formular interpretaciones autorizadas del derecho de la Unión.

III. Contenido de la norma

La directriz tiene 256 artículos divididos en ocho [8] contexto jurídico y normativo general" ; "Daños. Análisis general de daño medioambiental" ; "Daños a las especies y hábitats naturales protegidos" ; "Daños a las aguas" ; "Daños al suelo", y "Conclusiones".

Dada la extensión y la numerosa normativa y jurisprudencia a que se remite, pretendemos sintetizar los principales aspectos de aquella.

"4.- La Directiva sobre responsabilidad medioambiental se basa en el principio de que 'quien contamina paga' y es una expresión de este. Además, un concepto común de 'daño medioambiental' ha de basarse, según proceda, en otros principios fundamentales de la política medioambiental de la Unión, en concreto el principio de cautela, el principio de acción preventiva y el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, los cuales son pertinentes para su interpretación. Los principios generales del Derecho de la Unión, como el principio de proporcionalidad, también son pertinentes para la Directiva".

— El principio de que "quien contamina paga" viene de la Declaración de Río de 1992, que establece:"Principio 16: Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales".

Haciendo una síntesis podemos decir que el principio de quien contamina paga lleva aparejadas las siguientes consecuencias:

- Ha de costear las medidas preventivas que se determinen.

- Ha de cesar en sus emisiones o cambiar los niveles cuando sea requerido legalmente.

- Ha de pagar las multas que eventualmente puedan imponerse por incumplimiento de sus obligaciones.

- Ha de reparar los daños e indemnizar los perjuicios causados **(4)**.

Este principio se traduce en la responsabilidad derivada del usufructo ambiental por parte de los administradores de los proyectos, de cargar con los costos ambientales generados **(5)**.

"Profundización del principio de quien contamina paga.

"(Principio 16 de la Declaración de Río; art. 2 Letra b) del Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste; art. 5 Convenio Marco para la Protección de la Medio Marino del Mar Caspio; y Preámbulo del Convenio internacional sobre Cooperación, Preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos).

"El equilibrio del entorno impone que quien contamina limpia, quien destruye repone y quien afecta derechos ambientales asume su transgresión, sin limitaciones. De esta forma: descontaminación, reposición, reparación integral y sanción deben ser los aspectos que toda legislación contemple, sin perjuicio de las indemnizaciones sancionatorias por el actuar doloso o culpable" **(6)**.

— El segundo de los principios invocados es el principio de "cautela", llamado "precaución".

"Pero es, sin duda, en el Tratado de la Unión Europea donde el principio de precaución encuentra su cobertura normativa más importante y su marcada orientación en favor de la protección del medioambiente. En su art.74, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea establece que "la política de la comunidad en el ámbito

(4) LOPERENA ROTA, "Los principios del derecho ambiental", Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 68.

(5) DE LOS RÍOS, Isabel, "Principios de derecho ambiental", Ed. Isabel de los Ríos, Caracas, 2005, p.34

(6) "95 Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable" en la XIX Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana — 2018.

del medio ambiente" se basará en los principios de cautela y de acción preventiva..." **(7)**.

"Principio 52.

"Principio de precaución.

"(Principio 15 de la Declaración de Río; art. 6 del Acuerdo sobre Peces Transzonales y Altamente Migratorios; art. 3 del Protocolo del Convenio de Londres; art. 5 del Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; art. 2 letra a) del Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste; art. 1 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 ambientales, incluidos los que figuran en la Evaluación de Impacto Ambiental" **(8)**.

— El tercer principio que se cita es el "principio de acción preventiva".

"Principio 53.

"Principio de acción preventiva.

"(Art. 194.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; art. 2 del Convenio Marco sobre Cambio Climático de Naciones Unidas; art. 5 y Anexo II del Acuerdo de las Naciones Unidas sobre Peces Transzonales y Altamente Migratorios; Preámbulo y art. 1 del Convenio sobre Diversidad Biológica; Principios Generales de la Carta Mundial de la Naturaleza; art. 1 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" **(9)**.

— El cuarto principio es el principio de corrección de los atentados al medioambiente, preferentemente en la fuente misma.

"Principio 59.

"Principio de corrección, preferiblemente en la fuente.

"(Principios 7 y 22 de la Declaración de Río; art. 16 de la Declaración de Estocolmo; y art. 32 de la Comisión de Expertos, Observación general sobre el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo).

"Las decisiones en materia ambiental, que se adopten frente a actividades o conductas lesivas para el medio ambiente, han de ir dirigidas precisamente a restaurar el ambiente dañado y a corregir los efectos que en el mismo se han **(10)** producido o se pudieran producir" **(11)**.

(7) ESTEVE PARDO, José, "Derecho del medio ambiente", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 62.

(8) 95 "Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable", en la XIX Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana — 2018.

(9) Ibídem.

(10) Ibídem.

(11) Ibídem.

A estos principios hay que agregarles los principios generales del Derecho de la Unión, como el principio de proporcionalidad, también son pertinentes para la Directiva.

IV. La definición de daño medioambiental

"40. La definición de 'daño medioambiental' incorpora el concepto de 'daños', que tiene su propia definición. El término 'daños' no es independiente (en el sentido de que las obligaciones de la Directiva no se aplican al nivel de generalidad que este representa). Cuando se trata de aplicar la Directiva a situaciones concretas, es necesario utilizar las formulaciones más precisas contenidas en la definición de 'daño medioambiental'. Pese a esta reserva, la definición de 'daños' no solo es importante porque está integrada en la definición de 'daño medioambiental', sino porque presenta cuatro conceptos básicos que se refinan en la definición más elaborada. Por tanto, las Directrices analizan los 'daños' antes de analizar otros elementos de la definición de 'daño medioambiental'. Recuadro 1: Definición de 'daños'. El art. 2, punto 2, de la Directiva sobre responsabilidad medioambiental establece que se entiende por 'daños': 'el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente'.

"41. Los cuatro conceptos básicos que incorpora la definición de 'daños' son: — el alcance material de lo que se ve afectado, es decir, recursos naturales y servicios de recursos naturales; — el concepto de efectos adversos, es decir, cambios adversos y perjuicios; — el alcance de estos efectos adversos, es decir, que sean mensurables; — las maneras en que pueden producirse estos efectos adversos, es decir, directa o indirectamente".

"Alcance material de los recursos naturales y servicios de recursos naturales. Recuadro 2: Definiciones de 'recurso natural' y 'servicio de recursos naturales'. El art. 2, punto 12, de la Directiva sobre responsabilidad medioambiental establece que se entiende por 'recurso natural': 'las especies y hábitats naturales protegidos, el agua y el suelo'. El art. 2, punto 13, de la Directiva sobre responsabilidad medioambiental establece que se entiende por 'servicios' y 'servicios de recursos naturales': 'las funciones que desempeña un recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público'".

Ahora bien, estos recursos naturales están interrelacionados y el daño puede producirse por la interacción de estos.

Así, dice la normativa comentada:

"42...[se] puede proteger tierras costeras; las aguas superficiales [una categoría de aguas] pueden sustentar especies protegidas de aves silvestres; y el suelo puede filtrar contaminantes que, de otro modo, podrían llegar a las aguas subterráneas [una categoría de aguas]. La definición de «servicio de recursos naturales» también hace referencia a funciones de los recursos naturales que son beneficiosas para las personas. A modo de ejemplos no exhaustivos, algunos hábitats naturales, como las turberas, sirven como importantes depósitos de carbono; algunas aguas son fuente de agua potable y otras proporcionan peces para la pesca recreativa; y el suelo es necesario para la producción de alimentos y para vivienda".

En materia de responsabilidad en general, se ha operado una profunda evolución relacionada con los riesgos. En el siglo XIX, se la vincula con el concepto de falta de previsión; en la primera mitad del siglo XX, lo que prevalece es la previsión de tipo universal, vinculándose los riesgos con estadísticas y probabilidades. Es a partir de la segunda mitad de dicho siglo XX, con la aparición de "megapeligros tecnológicos" y con el denominado "riesgo global", derivados, por ejemplo, de la energía atómica y, más recientemente, de la ingeniería genética, que la prevención ya no es suficiente, ya que nos encontramos frente a una incertidumbre, a dudas fundadas sobre el daño que se puede provocar **(12)**.

Es por ello que la directriz analizada trata de tener una interpretación común de los daños medioambientales ante los desafíos que implica el derecho de daños en nuestro siglo XXI.

(12) LORENZETTI, Ricardo Luis, LORENZETTI, Pablo, "Derecho ambiental", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, ps. 295/296.

V. Efectos adversos, mensurables, directos e indirectos

"43. Con respecto a los efectos adversos, la definición de «daños» se refiere, en primer lugar, a un 'cambio adverso' en un recurso natural y, en segundo lugar, al 'perjuicio' a un servicio de recursos naturales. Más precisión se aprecia en la definición de 'daño medioambiental', pero es útil tener en cuenta tres consideraciones generales: — Tanto el 'cambio adverso' como el 'perjuicio' implican efectos adversos. — Dichos efectos adversos se refieren al estado de un recurso natural y a las funciones beneficiosas que el recurso natural desempeña para otros recursos naturales y para las personas. Por tanto, los efectos adversos no solo incluyen efectos adversos para las propiedades de un recurso natural, sino también efectos adversos para las interdependencias y relaciones dinámicas en y entre recursos y servicios naturales, es decir, las funciones que los recursos naturales desempeñan de forma recíproca y para el público. — Los conceptos de cambio y perjuicio implican una diferencia entre la situación «anterior» y la situación 'posterior' a un hecho perjudicial".

Recordemos que la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21/04/2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales se refiere a los recursos naturales, y esta directriz regula los efectos sobre dichos recursos naturales.

En ese sentido, los daños deben ser mensurables:

"44. Para que la definición de 'daños' sea aplicable, los cambios adversos y los perjuicios han de ser 'mensurables'. Mensurable significa que los daños han de poderse cuantificar o estimar, y que debe ser posible comparar de manera significativa la situación anterior a un hecho perjudicial con la situación posterior".

Es decir, se debe poder comparar el estado *ex ante* y el estado *ex post d*e dichos recursos.

Por otro lado, los daños pueden ser directos o indirectos:

"45. Por último, la definición de 'daños' contempla la posibilidad de que los cambios adversos o perjuicios puedan producirse tanto directa como indirectamente. 'Directa o indirectamente' se refiere al nexo causal entre un hecho perjudicial, de una parte, y los efectos adversos específicos, de otra. A veces el nexo causal será directo, como cuando un operador realiza un acto de deforestación que destruye un hábitat boscoso natural protegido. A veces será indirecto, como cuando los vertidos de nutrientes a una masa de agua provocan el deterioro de un lejano hábitat acuático protegido. Para la cadena de causa y efecto, es útil hacer referencia a un modelo fuente-vía-receptor. Los factores perjudiciales asociados a una actividad profesional [es decir, la fuente] pueden transmitirse por el aire, el agua o el suelo (es decir, la vía) antes de afectar a un recurso natural específico [es decir, el receptor]..."

VI. Análisis general de "daño medioambiental"

"46. La definición de 'daño medioambiental' incorpora y refina la definición del concepto de 'daños'. En primer lugar, con respecto al alcance material y geográfico, desagrega y compartimenta las tres categorías de 'recurso natural' presentes en la definición de 'daños', es decir, las especies y hábitats naturales protegidos; el agua; y el suelo. Por otra parte, para las dos primeras categorías de recursos naturales, incluye ciertos detalles que ayudan a determinar el alcance geográfico de las obligaciones recogidas en la Directiva. En segundo lugar, en cada una de las categorías de recursos naturales, se describen con más detalle efectos adversos pertinentes en referencia a determinados conceptos (que en estas Directrices se denominan 'conceptos de referencia'). Tercero, se incluye el concepto de importancia para definir con más detalle el alcance de los efectos adversos que es necesario abordar. Un cuarto punto digno de mención es que la definición del daño medioambiental no excluye la posibilidad de que las tres subcategorías de daños a los recursos naturales sean pertinentes al mismo tiempo".

El art. 2, punto 1, de la directiva sobre responsabilidad medioambiental establece qué se entiende por "daño medioambiental" :

"a) los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I.

"Los daños a las especies y hábitats naturales protegidos no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado por las autoridades competentes de conformidad con disposiciones que apliquen los apartados 3 y 4 del art. 6 o el art. 16 de la Directiva 92/43/CEE o el art. 9 de la Directiva 79/409/CEE, o, en el caso de hábitats o especies no regulados por el Derecho comunitario, de conformidad con disposiciones equivalentes de la legislación nacional sobre conservación de la naturaleza.

"b) los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos:

"i) en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión, con excepción de los efectos adversos a los que se aplica el art. 4, apartado 7, de dicha Directiva, o

"ii) en el estado medioambiental de las aguas marinas en cuestión, tal como se define en la Directiva 2008/56/CE, en la medida en que diversos aspectos del estado medioambiental del medio marino no estén ya cubiertos por la Directiva 2000/60/CE ;

"c) los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo".

VI.1. Alcance material y geográfico de cada recurso natural

"47. Dado el grado de compartimentación del alcance material, un concepto común de 'daño medioambiental' requiere un análisis minucioso de cada categoría de recursos naturales. Esto incluye el alcance geográfico de cada categoría de recursos. El alcance material y geográfico es objeto de comentario en las siguientes secciones de estas Directrices".

VI.2. Conceptos de referencia de los efectos adversos

"48. En relación con las tres categorías de recursos naturales, la definición de 'daño medioambiental' utiliza un concepto de referencia para determinar si los efectos adversos son pertinentes. En el caso de las especies y hábitats naturales protegidos, el concepto de referencia es el estado favorable de conservación de estas especies y hábitats. En el caso del agua, es el estado ecológico, químico o cuantitativo o el potencial ecológico de las aguas con arreglo a la Directiva marco sobre el agua y el estado medioambiental de las aguas marinas con arreglo a la Directiva marco sobre la estrategia marina, que tienen diferentes dimensiones. En el caso del suelo, son los riesgos para la salud humana. La función de los conceptos de referencia es establecer parámetros y criterios conforme a los cuales se pueda examinar la pertinencia de los efectos adversos. Estos conceptos proporcionan elementos con respecto a los cuales han de medirse los efectos adversos. En las secciones de estas Directrices dedicadas a las categorías específicas de daños en los recursos naturales, se analizan los conceptos de referencia con más detalle".

VI.3. La evaluación de la importancia

"49. Los conceptos de referencia cualifican las clases de efectos adversos comprendidos en la Directiva. La definición de «daño medioambiental» contiene una cualificación adicional: las palabras «importancia» o «carácter significativo» figuran en relación con cada categoría de recursos naturales, y la Directiva exige medidas preventivas, la gestión inmediata de los factores perjudiciales o medidas reparadoras únicamente si los efectos adversos son evaluados como significativos en los términos de los conceptos de referencia mencionados".

VI.4. Obligaciones de las partes afectadas

"57. Como se indica en el apartado 29, la autoridad competente es la responsable de evaluar

la importancia. Según el considerando 24 de la Directiva: 'Conviene que las autoridades competentes se encarguen de tareas específicas que impliquen la discreción administrativa apropiada, a saber, la tarea de evaluar la importancia de los daños y determinar qué medidas reparadoras deben adoptarse'.

"58. No obstante, hay que tener en cuenta que los operadores tienen la responsabilidad de prevenir hechos perjudiciales sin demora y de gestionar los factores perjudiciales de forma inmediata. Estas responsabilidades implican la necesidad de que los operadores reconozcan de forma independiente los factores perjudiciales vinculados a sus actividades profesionales y que respondan a estos de manera proactiva. Por otra parte, las disposiciones pertinentes de la Directiva indican que la evaluación de la importancia debe llevarse a cabo en el contexto de una relación dinámica entre el operador y la autoridad competente, en la que el primero está obligado a proporcionar información de forma activa y respetar las instrucciones de la autoridad competente, que pueden incluir la exigencia de que el operador efectúe su propia evaluación y facilite todos los datos e información que se precisen. Esta relación dinámica es especialmente importante cuando ya se han producido efectos adversos y es necesario adoptar medidas reparadoras".

VI.5. El daño transfronterizo

"60. Cuando el daño medioambiental afecta o puede afectar a varios Estados miembros, los Estados miembros afectados tienen obligaciones de cooperación que son pertinentes para la evaluación de la importancia".

VI.6. Las medidas reparadoras del daño ambiental

"72. Cuando sea necesario adoptar medidas reparadoras, será adecuado realizar una evaluación más profunda, y el tiempo no debe ser un factor tan crítico en este caso. No obstante, deberá ser oportuna, ya que el tiempo también es un factor pertinente en relación con las medidas reparadoras descritas en el anexo II.

"73. En lo que respecta en particular a las medidas reparadoras, no cabe descartar, como se indica en el apartado 20, que haya un desfase temporal entre el hecho perjudicial y la primera oportunidad de evaluar su importancia. No obstante, en virtud de las disposiciones de la Directiva sobre el alcance temporal (mencionado anteriormente en el apartado 24), la existencia de un desfase temporal no es motivo para abstenerse de efectuar la evaluación, especialmente cuando el hecho perjudicial haya tenido efectos adversos duraderos.

"74. Las circunstancias que dan lugar a una posible responsabilidad en virtud de la Directiva también pueden hacer que la evaluación aborde un incumplimiento de otro instrumento normativo en materia de medio ambiente, como la Directiva sobre la evaluación del impacto ambiental o la Directiva sobre los hábitats. Sin embargo, la evaluación de la importancia en virtud de la Directiva sobre responsabilidad medioambiental no debe mezclarse con las formas de evaluación necesarias para abordar un incumplimiento de la normativa, ni supeditarse a ellas. Cualquier procedimiento conjunto (como una evaluación de impacto ambiental ex post) para corregir tanto un incumplimiento de la normativa (por ejemplo, no llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental previa de carácter obligatorio) como una evaluación de la importancia de los cambios en un recurso natural en virtud de la Directiva sobre responsabilidad medioambiental debe ser coherente con los requisitos de esta última".

VI.7. Determinación de la importancia

"75. La importancia debe determinarse en virtud de los fines que sea necesario cumplir. En vista de la definición de «estado básico», ha de determinarse en relación con la superficie física efectiva de suelo o de agua o bien (en el caso de las especies protegidas) con las poblaciones concretas que se hayan visto adversamente afectadas o que estén en riesgo de verse afectadas, teniendo en cuenta las características intrínsecas preexistentes o los factores dinámicos que puedan haber estado influyendo en los recursos naturales en cuestión con independencia del hecho perjudicial.

"En algunas situaciones es muy difícil evaluar la importancia del daño medioambiental y, en particular, su amenaza inminente. Esto

puede ser por distintas razones: por ejemplo, falta de información en una emergencia. En estas situaciones, el principio de cautela puede desempeñar un papel clave, ya que justifica la intervención en virtud de una convicción razonable. Permite llevar a cabo la acción preventiva necesaria y poner en marcha el procedimiento administrativo correspondiente".

"79. Con respecto al fin de garantizar medidas preventivas, la importancia estará relacionada con la evitación de factores perjudiciales que causen efectos adversos en zonas o poblaciones específicas. Lo mismo se aplica al fin de garantizar la gestión inmediata de los factores perjudiciales.

"80. La Directiva está sujeta a interpretación de conformidad con los métodos interpretativos del Tribunal, y en virtud de los principios jurídicos pertinentes, como el principio de cautela. En virtud del principio de cautela, no es necesario tener la seguridad científica de que se van a producir efectos adversos mensurables. Una convicción razonable es suficiente. Por otra parte, si el operador o la autoridad competente decide no adoptar o exigir medidas preventivas o una gestión inmediata de los factores perjudiciales, su decisión debe basarse en que no exista duda científica razonable en cuanto a la ausencia de efectos adversos mensurables para un recurso natural."

VII. Responsabilidad por el daño ambiental. Responsabilidad objetiva

"12. Las principales actividades profesionales pertinentes son las descritas en el anexo III de la Directiva. Los operadores de estas actividades pueden ser responsables de las tres categorías de daños medioambientales previstas en la Directiva. Además, la responsabilidad de los operadores con arreglo al anexo III es estricta, es decir, no depende de que haya culpa (intención o negligencia) en sus acciones u omisiones. Para que se aplique una responsabilidad estricta, es suficiente que se establezca un nexo causal entre el daño medioambiental y la actividad profesional (...)

"14. En relación con una de las categorías de 'daño medioambiental', en concreto los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, los operadores de actividades profesionales distintas de las recogidas en el anexo III también pueden ser responsables cuando hayan incurrido en culpa o negligencia...".

Claramente estamos en presencia de una responsabilidad objetiva, sin descartar la responsabilidad originada en culpa o negligencia.

VIII. Nexo causal de la responsabilidad medioambiental

"17. La Directiva no define qué hechos dan lugar a un nexo causal entre la actividad profesional y el daño ambiental o la amenaza inminente".

"La Directiva 2004/35 no se opone a una normativa nacional que permite a la autoridad competente, que actúa en el marco de dicha Directiva, presumir la existencia de un nexo causal, incluso en el supuesto de contaminación de carácter difuso, entre los operadores y una contaminación comprobada y ello por razón de la proximidad de sus instalaciones al área contaminada. No obstante, de conformidad con el principio de quien contamina paga, a fin de presumir que existe tal nexo causal, dicha autoridad ha de disponer de indicios plausibles que puedan constituir la base de su presunción, por ejemplo, la proximidad de la instalación del operador a la contaminación comprobada y la coincidencia entre las sustancias contaminantes y las componentes utilizadas por el referido operador en el marco de sus actividades".

Dice Cafferatta: "En todos los casos de daños ambientales, el factor de atribución de la responsabilidad es siempre objetiva, por cuanto 'el que contamina paga'; quien crea el 'riesgo' al ambiente es que debe reparar" ; aclara dicho autor que el régimen de responsabilidad civil por daño ambiental comprende también el régimen de responsabilidad común **(13).**

Entiendo que en el caso se puede aplicar la teoría de la causalidad adecuada, postura que atiende a lo que ocurre regularmente, según el

(13) CAFFERATTA, Néstor A., "Presupuestos de responsabilidad por daño ambiental", en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), *Derecho ambiental y daño, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 64/65.*

curso ordinario y natural de las cosas, basándose en un juicio de probabilidad que deberá realizarse una vez acaecido el daño, examinando una multiplicidad de hechos potenciales productores de este; juicio aquel que debe hacerse sobre la previsibilidad del sujeto del evento en abstracto u objetivamente **(14)**.

"18. El carácter de los factores que causan efectos adversos —los que podrían considerarse 'factores perjudiciales'— también puede variar. Pueden ser de carácter aditivo, como el depósito de residuos en el suelo, o el uso de materiales inertes para rellenar un humedal, por ejemplo, o la contaminación del medio receptor. O pueden ser de carácter sustractivo o extractivo, como la impedancia del caudal de un río o las talas de árboles o la extracción de minerales, por ejemplo. O bien pueden ser puramente destructivos, como cuando se eliminan características del paisaje o se matan individuos de una especie protegida".

VIII.1. La aplicación en el tiempo de la responsabilidad medioambiental

"24. La Directiva sobre responsabilidad medioambiental contiene disposiciones sobre su aplicabilidad temporal, que establecen límites a su aplicación en referencia a la fecha de 30 de abril de 2007 y al transcurso de un período de tiempo de treinta años . Por supuesto, el alcance temporal de las partes concretas introducidas por sus modificaciones es diferente: por ejemplo, en relación con los daños a las aguas marinas, la Directiva es aplicable a partir del 19/07/2015. Es importante señalar que las actividades profesionales reguladas por autorizaciones anteriores al 30/04/2007 están incluidas a efectos de responsabilidad en la medida en que la actividad perjudicial continúe con posterioridad al 30 de abril de 2007...".

IX. Los bienes protegidos en particular

Dada su extensión, solamente haremos un breve resumen de los elementos protegidos.

IX.1. Daños a las especies y hábitats naturales protegidos

"85. La definición de 'daños a las especies y hábitats naturales protegidos' está estrechamente relacionada con las disposiciones de la Directiva sobre las aves y de la Directiva sobre los hábitats. En las presentes Directrices, estas directivas reciben la denominación colectiva de 'Directivas sobre la naturaleza'. En particular, la Directiva sobre responsabilidad medioambiental y las Directivas sobre la naturaleza tienen varios conceptos en común. Como se indica en el considerando 5 de la Directiva sobre responsabilidad medioambiental, cuando un concepto se deriva de otra legislación pertinente de la Unión, debe utilizarse la misma definición para que puedan utilizarse criterios comunes y promoverse una aplicación uniforme. Al mismo tiempo, es necesario tener en cuenta una serie de diferencias de cobertura entre las Directivas sobre la naturaleza, de una parte, y la Directiva sobre responsabilidad medioambiental, de otra.

"86. Las Directrices ponen el foco, en particular, en lo siguiente:

"— el alcance material y geográfico de las especies y hábitats naturales protegidos en cuestión; — el concepto de referencia de los efectos adversos, es decir, el estado favorable de conservación; — la evaluación de la importancia; — exclusiones.

IX.2. Daños a las aguas

"131. Para conocer el alcance material de los 'daños a las aguas', es necesario entender qué significa la expresión 'las aguas en cuestión'. El término 'aguas' comprende todas las aguas reguladas por la Directiva marco sobre el agua (véase el recuadro 8 a continuación). El objeto de la Directiva marco sobre el agua es 'establecer un marco para la protección de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas' . Las aguas mencionadas en esta cita son las aguas reguladas por la Directiva marco sobre el agua. La Directiva marco sobre el agua se aplica a todas ellas, sean cuales sean sus dimensiones y características . El recuadro 9 presenta a continuación otras definicio-

(14) SARGANA, Fernando Alfredo, "El nexo de causalidad en el daño ambiental", en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), *Derecho ambiental y daño, Ed. La Ley, Buenos Aires,2009, ps. 195/196.*

nes pertinentes. Las aguas 'en cuestión' son las afectadas por los daños.

"Recuadro 8: Definición de 'aguas'

"El art. 2, punto 5, de la Directiva sobre responsabilidad medioambiental establece que el término 'aguas' se refiere a 'todas las aguas consideradas en la Directiva 2000/60/CE'.

"Recuadro 9: Definiciones recogidas en la Directiva marco sobre el agua, pertinentes para el término 'aguas'.

"La Directiva marco sobre el agua define expresamente dos categorías fundamentales de agua: las 'aguas superficiales' y las 'aguas subterráneas'.

"El art. 2, punto 1, de la Directiva marco sobre el agua establece que se entenderá por 'aguas superficiales': 'las aguas continentales, excepto las aguas subterráneas; las aguas de transición y las aguas costeras, y, en lo que se refiere al estado químico, también las aguas territoriales'.

"El art. 2, punto 2, de la Directiva marco sobre el agua establece que se entenderá por 'aguas subterráneas': 'todas las aguas que se encuentran bajo la superficie del suelo en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo o el subsuelo'.

"Como puede verse, la definición de 'aguas superficiales' alude a cuatro subcategorías de aguas: 'aguas continentales', 'aguas de transición', 'aguas costeras' y 'aguas territoriales'. Las tres primeras de ellas están definidas de forma expresa.

"El art. 2, punto 3, de la Directiva marco sobre el agua establece que se entenderá por 'aguas continentales': 'todas las aguas quietas o corrientes en la superficie del suelo y todas las aguas subterráneas situadas hacia tierra desde la línea que sirve de base para medir la anchura de las aguas territoriales'.

"El art. 2, punto 6, de la Directiva marco sobre el agua establece que se entenderá por 'aguas de transición': 'masas de agua superficial próximas a la desembocadura de los ríos que son parcialmente salinas como consecuencia de su proximidad a las aguas costeras, pero que reciben una notable influencia de flujos de agua dulce'.

"El art. 2, punto 7, de la Directiva marco sobre el agua establece que se entenderá por 'aguas costeras': 'las aguas superficiales situadas hacia tierra desde una línea cuya totalidad de puntos se encuentra a una distancia de una milla náutica mar adentro desde el punto más próximo de la línea de base que sirve para medir la anchura de las aguas territoriales y que se extienden, en su caso, hasta el límite exterior de las aguas de transición'".

"143.Con el fin de evaluar la importancia del daño en referencia a los cinco conceptos de referencia, es necesario distinguir las siguientes categorías y divisiones de 'aguas':

"—aguas subterráneas; ríos; lagos; aguas de transición; aguas costeras; aguas territoriales; masas de agua artificiales y muy modificadas".

IX.3. Daños al suelo

"201. La definición de 'daños al suelo' es más sencilla que las definiciones de 'daños a las especies y hábitats naturales protegidos' y 'daños a las aguas'. Al contrario que estas últimas, no contiene referencias expresas a otra legislación de la Unión en materia de medio ambiente, ni referencias cruzadas a otras definiciones relacionadas con su alcance material, ni exclusiones específicas en referencia a otros instrumentos legislativos. Por consiguiente, hay menos elementos que tener en cuenta para establecer un concepto común.

"202. Sin embargo, la definición se limita a 'un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana'. Cabe señalar que algunos Estados miembros utilizan una definición más amplia, que comprende, por ejemplo, un riesgo para el medio ambiente o un riesgo de infracción de valores límite de determinados contaminantes. En estos casos, los Estados miembros en cuestión pueden mantener su legislación más rigurosa de protección de la tierra, pero, como mínimo, deben cumplir también los requisitos de la Directiva con respecto a los daños al suelo.

"203. La Directiva no contiene ninguna definición de 'suelo'. Sin embargo, la definición de 'daños al suelo' contiene la expresión 'en el suelo o el subsuelo', lo que implica que su alcance no solo se extiende a la superficie, sino también a lo que hay debajo de ella. Por consiguiente, la tierra está incluida. Así lo viene a confirmar la referencia a la tierra en el párrafo primero del anexo II, sección 2, que trata de la reparación de los daños al suelo".

X. Conclusiones

"225. Las presentes Directrices ponen el foco en la variedad de efectos adversos comprendidos en la definición de daño medioambiental. Esta variedad, junto con la variedad de actividades profesionales y factores perjudiciales que pueden estar vinculados a los efectos adversos, implica que las autoridades competentes tendrán que recurrir a menudo a conocimientos especializados, como dictámenes de expertos, a fin de evaluar el carácter significativo de los efectos adversos. En la medida en que los conocimientos especializados pertinentes estén distribuidos entre diferentes autoridades administrativas y centros de conocimiento (como suele ocurrir), será importante una cooperación inter-agencias eficaz.

"226. Por otra parte, las Directrices subrayan la medida en que pueden entrar en juego consideraciones jurídicas, técnicas y científicas cuando las autoridades competentes evalúan el carácter significativo de los efectos adversos o bien velan por que se cumplan las obligaciones de prevención de efectos adversos, gestión inmediata de los factores perjudiciales o adopción de medidas de reparación. Los medios que pueden utilizar las autoridades competentes y las partes interesadas para hacer frente a los retos que todo ello comporta incluyen una formación profesional adecuada y la puesta en común de buenas prácticas. Para ayudar a los Estados miembros, la Comisión ha puesto materiales de formación a su disposición, que permanecerán sujetos a revisión (https://ec.europa.eu/environment/legal/liability/eld_training.htm), también en función de cómo evolucione la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/). Con este mismo fin, la Comisión ha apoyado el trabajo de la Red europea para la aplicación y el cumplimiento de la legislación en materia de medio ambiente (IMPEL) sobre los aspectos prácticos de la aplicación de la Directiva (https://www.impel.eu/projects/financial-provision-what-works-when/).

XI. Colofón

1. Hemos tratado de sintetizar un documento largo y detallado de lo que la UE considera daño medioambiental.

2. El objetivo de la norma es unificar la normativa y su interpretación en tal sentido, pero quedará siempre sujeta a lo que los tribunales europeos hagan de la interpretación de las normas de la UE.

3. Un importante documento que ayuda al operador del derecho en la interpretación de las normas de la UE referidas al tema.

DERECHO PRIVADO AMBIENTAL

El camino de sirga: discusiones acerca de su finalidad y críticas a las reformas introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación

Florencia Rodríguez Nasuti (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Evolución legislativa e interpretación doctrinaria de la finalidad del camino de sirga.— III. Razones a favor de una interpretación amplia del camino de sirga.— IV. Conclusión.

I. Introducción

Los seres humanos están destinados a vivir la mayoría de su tiempo en la superficie de la tierra, la cual les ofrece el espacio en el cual pueden desarrollar sus actividades tanto personales, de interacción social, culturales, recreativas y deportivas como económicas y productivas. En efecto, no es posible ejecutar ni desplegar acción alguna si no hay una porción de tierra disponible para ello. Además, la tierra también es fuente de producción de alimentos y materias primas, lo cual sirve para satisfacer las necesidades alimentarias de la población y para proveer materiales necesarios para desarrollar sus actividades y para obtener beneficios económicos a partir de su producción.

A todas las personas les interesa, por lo tanto, el modo en que se regulen las cuestiones vinculadas a la tierra: los tipos de usos a los que puede ser destinada, la forma en que esté distribuida su propiedad y el tipo de acceso que las personas tengan a ella y a los recursos adyacentes de uso común a los que da lugar. Al tratarse de asuntos centrales en la organización social, generan grandes controversias porque tendrán impacto en el tipo de vida que los distintos miembros de la sociedad pueden llevar adelante.

Las reglas de propiedad son las que se encargarán de determinar quién tiene derecho a estar (o no) en una determinada porción de tierra, quién tiene el poder de decisión acerca del uso actual o el destino del bien, qué actividades pueden ser desplegadas allí y cuáles no. También existen otras leyes, como las de carácter ambiental y penal, que complementan las reglas de propiedad y que establecen ciertos límites. Por ejemplo, disponer bajo qué parámetros debe ser realizada una determinada actividad comercial o industrial. En este trabajo haré referencia, más adelante, a algunas normas ambientales contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la Constitución de la Nación Argentina.

En particular, las reglas de propiedad privada identifican como su titular a una persona, humana o jurídica, quien tiene derecho a decidir con exclusividad, dentro de las opciones disponibles por el sistema normativo, a qué usos será destinada, como también a excluir a cualquier

(*) Abogada (Universidad Nacional de Córdoba-UNC). Becaria doctoral de CONICET. Doctoranda en Derecho (Facultad de Derecho, UNC). Maestranda en Derecho y Argumentación (Facultad de Derecho, UNC). Adscripta por orden de mérito en Derecho Privado V (Derechos Reales) (Facultad de Derecho, UNC).

tercero en caso de que pretenda acceder o hacer uso del bien sin su consentimiento, a excepción de los supuestos previstos legalmente **(1)**.

Este trabajo hará hincapié en la importancia que tienen las reglas de propiedad privada al definir el tipo de acceso que tendrán a los recursos adyacentes de uso común no solo los titulares del terreno, sino también el resto de los miembros de la comunidad. Piénsese en el caso de una porción de tierra ubicada en una zona de gran atractivo natural, como sucede cuando se encuentra rodeada de montañas, bosques o ríos. Quien vive allí obtiene beneficios no solo de la tierra en la que vive, sino también derivados del paisaje que la rodea y de la posibilidad de acceder o disfrutar de las montañas, bosques o ríos próximos al terreno. Además, de acuerdo con el tipo de actividades o usos que le sean permitidos, serán los impactos que se causen sobre tales recursos. Por otro lado, el tipo de acceso que se reconozca al resto de los miembros de la comunidad garantizará o restringirá alguna de sus oportunidades o libertades, como por ejemplo recreativas y de ocio.

Por lo tanto, la regulación de ciertos institutos jurídicos que involucran el acceso *a* y el disfrute *de* dichos recursos comunes da lugar a numerosos debates dentro de la comunidad. Entre dichos institutos se encuentra el llamado "camino de sirga", el cual está reconocido en diferentes sistemas jurídicos del mundo, como en la legislación argentina, en donde es receptado como un límite a la propiedad privada en el art. 1974 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante Cód. Civ. y Com.).

El camino de sirga consiste en una franja de terreno de cierta cantidad de metros que deben dejar los propietarios privados de fundos ribereños en toda la extensión del curso de agua (como los ríos). El modo en que esta figura se encuentre regulada, principalmente con respecto a la finalidad que se le atribuya (una amplia o una restringida), determinará el tipo de acceso a las costas de los ríos (considerados bienes comunes) que tendrán el resto de los miembros de la comunidad, y, por otro lado, tendrá efectos sobre la preservación de la biodiversidad y del ecosistema del que dicho fundo ribereño forma parte, lo cual también repercutirá en la vida de aquellos, ya que las actividades que sean autorizadas allí pueden afectar su salud y su calidad de vida.

En este trabajo se presentarán las razones que permiten defender una interpretación amplia de la finalidad de esta figura y mostrar por qué algunas de las reformas introducidas por el Cód. Civ. y Com. en esta materia se consideran inadecuadas, al no corresponderse con una interpretación de este tipo y con lo establecido por otras disposiciones de ese cuerpo normativo y de la Constitución Nacional (en adelante CN), las cuales se corresponden con dicha interpretación amplia **(2)**. Para ello se desarrollará, por un lado, la evolución legislativa de esta figura en el sistema jurídico argentino, lo cual servirá para entender las diferentes posturas doctrinarias acerca de la finalidad que a ella se le adjudica. Por otro lado, se presentarán dos argumentos que explican por qué resulta cuestionable ofrecer una interpretación restringida de las funciones que debe cumplir el camino de sirga y por qué son problemáticas algunas de las reformas del Cód. Civ. y Com., al no ajustarse a lo establecido por otras disposiciones de dicho cuerpo normativo como también de la CN, en relación con el ambiente y con la noción de desarrollo humano.

II. Evolución legislativa e interpretación doctrinaria de la finalidad del camino de sirga

El camino de sirga es un instituto jurídico cuyo nombre deriva de la antigua navegación a la *sirga*, una cuerda gruesa que se utilizaba para remolcar las embarcaciones en épocas pasadas. Por *camino* se hace referencia a la franja de terreno ubicada al margen de los ríos, por la que circulaban las personas o los animales que arrastraban las embarcaciones.

Este instituto tiene sus orígenes en el derecho romano y se encuentra reconocido en el sistema jurídico argentino como un límite al domi-

(1) Por ejemplo, en una situación de emergencia (como un incendio), un tercero puede ingresar en un inmueble ajeno sin la autorización previa de su titular, a fin de evitar un daño mayor.

(2) Estas razones permiten fundar una futura reforma de dicha regulación en el Cód. Civ. y Com., tal como se indicará más adelante.

nio **(3)** desde la sanción del primer Código Civil en el año 1869 (en adelante Cód. Civil) en su art. 2639. Si bien el Cód. Civil fue derogado en el año 2015 a partir de la sanción del Cód. Civ. y Com., dicho instituto se mantiene en su art. 1974, aunque con algunas modificaciones que más adelante serán detalladas.

El Cód. Civil dispuso que los propietarios de fundos ribereños debían dejar una "calle o camino público de treinta y cinco metros" hasta la orilla del río o del canal, y estableció prohibiciones, al impedirles realizar allí construcciones o reparar las existentes, o bien deteriorar de cualquier manera el terreno (art. 2639). En el caso de que el río o canal atravesara alguna ciudad o población, el Cód. Civil facultaba a la municipalidad del lugar a reducir el ancho de la calle pública, como máximo, a quince metros.

Por lo tanto, de la letra del artículo surgía cuál era el objeto de la norma (los inmuebles limítrofes con ríos o con canales que sirven a la comunicación por agua) y la obligación de los propietarios de dejar en ellos una calle o camino público, los metros que esta debía tener y las acciones que aquellos tenían prohibido realizar allí (construcciones, reparaciones o las que impliquen algún deterioro del terreno).

Sin embargo, no surgía de ella cuáles eran los *usos permisibles* a los que podía destinarse dicha franja de terreno por parte del resto de los miembros de la comunidad, como tampoco se establecía algún tipo de restricción en tal sentido. Es decir que no estaba claro qué finalidad tenía esta figura. Esto motivó un esfuerzo interpretativo por parte de la doctrina argentina, que dio lugar a dos grandes posturas: una que reconoce una finalidad más restringida (vinculada principalmente con fines económicos, a la navegación) y otra que defiende una más amplia (vinculada con fines sociales y ambientales).

Por un lado, hubo doctrinarios que se enfocaron en el origen de esta figura, al indicar que, al momento de su establecimiento, tenía en miras la regulación del uso de las riberas de los ríos a fin de proteger y permitir el desarrollo de la navegación, y, consecuentemente, el impulso del comercio **(4)**. A su vez, se apoyaron en la redacción del art. 2639, con respecto a la cual señalaron que, al hacer referencia a los ríos o canales "que sirven a la comunicación por agua", significaba que los usos de dicha franja quedaban solo limitados a aquellos derivados de las necesidades de la navegación, de la flotación y de la pesca realizada desde las embarcaciones **(5)**. Además, algunos de ellos señalaron que, al desaparecer la navegación a la sirga y al existir embarcaciones a motor, también podían reducirse los metros de dicha franja, ya que resultaban excesivos para la finalidad protegida **(6)**.

Por otro lado, hubo juristas que, con criterio más amplio, sostuvieron que este instituto no solo estaba previsto para fines vinculados con la navegación, sino también para otros fines tanto sociales como ambientales **(7)**. Los primeros se relacionan con actividades de esparcimiento, recreativas y de ocio por parte de los miembros de la comunidad, y con el establecimiento de playas balnearias **(8)**. Los segundos se relacionan

(3) Sobre la discusión, dentro de la doctrina argentina, acerca de la naturaleza jurídica de este instituto, de si se trataba de un bien de dominio público, una servidumbre administrativa o un límite al dominio, y de la postura adoptada por diferentes juristas argentinos, puede consultarse GUARDIOLA, J. J., "El camino de sirga", *Anales de la Legislación Argentina, 2017, 1, ps. 110-114.*

(4) Entre ellos, MARIANI DE VIDAL, M., "Derechos Reales", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 400.

(5) Véase MARIENHOFF, M., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, t. VI, ps. 500-505; CS, "Las Mañanitas S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de certeza", 04/08/2009, AR/JUR/24304/2009. Disponible en http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6701291&cache=1523809457120. Consultado el día 19/11/2020

(6) Puede consultarse CHÁVARRI A. y MOISSET DE ESPANÉS, L., "Camino de sirga", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1998. Disponible en: http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artcaminodesirga. Consultado el día 19/11/2020.

(7) Entre ellos, PUERTA DE CHACÓN, A. Y NEGRONI, M. en ZANNONI, E. (dir.) y KEMELMAJER de CARLUCCI, A. (coord.), "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, t. XI, p. 123.

(8) Véase VENTURA, G., "El derecho de dominio en el Código Civil y Comercial de la Nación (Análisis exegético de los arts. 1941 A 1982 del Cód. Civ. y Com.)", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2016, p. 46. Disponible en: http://www.acaderc.org.ar/

con la protección y preservación del ecosistema costero frente a los posibles efectos que sobre él pudiesen causar ciertas actividades desplegadas en el inmueble por parte de su titular, como por ejemplo emprendimientos industriales. En particular, dicha protección y preservación del ecosistema tiene relevancia por las consecuencias sociales que su afectación puede tener en la salud y en la calidad de vida de las personas.

Además, cabe destacar que la idea fundamental que subyace a esta postura es que, si los ríos son bienes públicos, es necesario que se garantice su acceso a fin de hacer posible su disfrute por parte de la comunidad, es decir, que quienes no son propietarios ribereños puedan gozar también de sus beneficios y que su disfrute no quede limitado meramente a los titulares de dicho inmueble.

Al sancionarse el Cód. Civ. y Com. se introdujeron algunas modificaciones a este instituto, algunas de las cuales serán detalladas a continuación por ser las más relevantes a los fines de este trabajo. En primer lugar, se reduce su extensión a quince metros en todos los casos, es decir, sin diferenciar entre áreas urbanas o rurales. En segundo lugar, no se hace más referencia a "calle o camino público", sino a "franja de terreno". Por último, se indica que el propietario no debe realizar en esa franja de terreno ninguna obra que menoscabe el transporte por agua **(9)**.

Algunas de estas modificaciones introducidas por el Cód. Civ. y Com., particularmente la reducción de la extensión de la franja de terreno, pueden asociarse a la interpretación más restringida acerca de la finalidad de esta institución. En apoyo de esta postura, hay quienes además señalaron que, al dejar de hablar de "calle o camino público", y al establecer que las actividades que no puede desarrollar el propietario son aquellas que afecten el "transporte por agua", esto parece indicar que ese es el único fin del camino de sirga, es decir, que solo tiene en miras la protección de las actividades relacionadas con la navegación **(10)**.

Por otra parte, quienes defienden una postura amplia acerca de la finalidad de esta figura criticaron especialmente la reducción de la extensión de dicha franja de terreno. En tal sentido, se presentaron diversos proyectos legislativos a fin de modificar dicha regulación y de restaurar los treinta cinco metros originales en virtud de la función ambiental, social, cultural, deportiva y/o recreativa que cumple dicha franja, y de la obligación de las autoridades locales de garantizar dichas funciones y de hacerlas compatibles con el cuidado del ambiente **(11)**.

Si bien, como se dijo más arriba, la nueva redacción del artículo puede asociarse a la interpretación más restringida acerca de la finalidad del camino de sirga, dicha redacción no ha zanjado la discusión doctrinaria con respecto a esta cuestión, ya que no se indica de manera expresa cuáles son los usos permisibles en dicha franja de terreno (tal como sucedía en el Cód. Civil). Por ello es que se mantienen presentes dentro de la doctrina las dos posturas mencionadas.

Lo que esta discusión permite observar es que la finalidad que se asigne a dicho instituto es una cuestión de interpretación que se vincula con cuestiones más generales, como lo son el acceso y disfrute de los bienes comunes por parte de los miembros de la comunidad, los diferentes valores que se asocian con el uso de la tierra y la concepción de la propiedad que se siga (solo enfocada en los beneficios y libertades que concede a su titular, o en garantizar o no afectar libertades y oportunidades del resto de los miembros de la comunidad).

---

doctrina/el-derecho-de-dominio-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-analisis-exegetico-de-los-arts.-1941-y-1982. Consultado el día 22/11/2020.

(9) Es dable mencionar otras dos modificaciones: se hace referencia a inmuebles linderos con "cualquiera de las orillas de los cauces o riberas", lo cual se entiende que incluye no solo los de ríos y canales, sino que también abarca los de lagos y lagunas, y se otorga legitimación activa a "todo perjudicado" para solicitar el cumplimiento de lo dispuesto en la norma, en caso de actos violatorios.

(10) Puede verse COSSARI, H., "Derechos Reales" en ALTERINI, J. (dir.), "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. IX, p. 562.

(11) Uno de dichos proyectos (Expte. 1112-D-2016), presentado por los diputados Cleri, M., Estévez, G. y otros, puede encontrarse en https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1112-D-2016. Consultado el día 22/11/2020.

III. Razones a favor de una interpretación amplia del camino de sirga

En esta sección se presentarán dos argumentos que tienen por objetivo dar razones a favor de una interpretación amplia de la finalidad del camino de sirga. Para ello, el primer argumento intentará mostrar que una interpretación de ese tipo se corresponde con los diferentes valores que los miembros de la comunidad atribuyen al uso de la tierra, y permite proteger la libertad y las oportunidades de quienes no son propietarios ribereños. En tal sentido, se criticará la interpretación restringida, ya que no toma en consideración dichos valores y, al focalizarse solo en los derechos del propietario, deja de lado la afectación de la libertad y de las oportunidades de los terceros. Por su parte, el segundo argumento buscará poner de resalto que algunas de las reformas introducidas en el Cód. Civ. y Com. en relación con esta figura no se ajustan a lo establecido por otras disposiciones de dicho cuerpo normativo y de la CN con respecto al ambiente y a la noción de desarrollo humano, las cuales favorecen una interpretación amplia del camino de sirga.

III.1. Interpretación restringida: tensión con los diferentes valores asociados a la tierra, y con la libertad y las oportunidades individuales

Las personas asocian diferentes valores tanto a la tierra como a su uso: no solo económicos, sino también sociales, culturales y ambientales. Le asignan valor social y cultural porque la tierra *alberga* el patrimonio arqueológico, arquitectónico e histórico de la comunidad, *ofrece* un espacio de encuentro y contacto social donde pueden desarrollarse actividades deportivas, artísticas y recreativas, y donde puede disfrutarse de la riqueza y la belleza de los paisajes y de las áreas naturales, y *genera* sentimientos de arraigo y de pertenencia que crean lazos comunitarios.

Estos valores se reflejan en reclamos vinculados, por un lado, con la preservación de ciertos edificios y construcciones en virtud de la época en que han sido construidos, del estilo utilizado, porque hacen a la identidad de las personas de un cierto barrio o ciudad **(12)** o porque pueden proporcionar información sobre grupos humanos que habitaron esos lugares en otros tiempos **(13)**. Por otro lado, con la protección de ciertos paisajes y áreas naturales que hacen también a la identidad de la comunidad y a la preservación de ciertas prácticas y culturas **(14)**. Por último, con los usos a los que es posible destinar ciertas porciones de tierra (es decir, las actividades autorizadas a realizar allí), como sucede en el caso del camino de sirga.

El valor social y cultural antes mencionado se corresponde con los llamados *servicios ecosistémicos culturales* que brinda la tierra, los cuales hacen referencia a los beneficios no materiales que pueden obtenerse de ella, como espirituales y de sentido de pertenencia, recreativos, estéticos y de inspiración para obras artísticas.

Por otra parte, las personas atribuyen valor ambiental a la tierra, el cual se corresponde con los *servicios ecosistémicos* que ella presta *de soporte*, al servir de hábitat de todas las especies de origen animal y vegetal, como también al ser la base para la infraestructura humana; *de regulación*, al contribuir, entre otras cosas, a regular el clima, las inundaciones, la formación del sustrato y el reciclaje y transformación de nutrientes; y *de provisión*, al suministrar alimentos y otros bienes útiles para la vida humana, como por ejemplo madera, minerales para la construcción y recursos medicinales **(15)**.

(12) Este tipo de reclamos se observan cuando parte de lo/as vecino/as de un barrio presentan resistencia frente a proyectos de demolición de ciertos edificios, ya que consideran que atenta contra el patrimonio y la identidad del barrio, y que, a su vez, repercute en su propia identidad.

(13) Por ejemplo, la ley nacional 25.743 se ocupa de la protección, preservación y tutela del patrimonio arqueológico y paleontológico como parte integrante del patrimonio cultural del país.

(14) Este tipo de reclamos suelen ser realizados por parte de las comunidades indígenas en contra de la degradación ambiental, al estar relacionados con la preservación de su identidad cultural y su modo de relacionamiento con la naturaleza. Véase SCHMIDT, M., "(In) justicias ambientales, territoriales y socio-sanitarias en el Chaco salteño", *Folia Histórica del Nordeste,* 2019, 35, p. 21, en donde se hace referencia a este tipo de reclamos.

(15) Tal como surge de lo expuesto, los servicios ecosistémicos (culturales, de soporte, de regulación y de provisión) pueden ser definidos como los beneficios que las personas reciben de los ecosistemas y de los recursos que los integran, como la tierra.

Los valores que las personas asignan a la tierra se corresponden con los beneficios que es posible obtener a partir de ella: económicos, sociales, culturales y ambientales. A su vez, la posibilidad de obtener dichos beneficios dependerá del tipo de uso que se realice de la tierra. En efecto, dichos beneficios, tanto económicos como no económicos, pueden resultar afectados en caso de que se autoricen, se impidan o se restrinjan determinados usos **(16)**. A esto hacen referencia los reclamos por parte de la población, en relación con los tipos de usos y actividades que se permite o que se prohíbe realizar en el camino de sirga.

Es dable sostener que las reformas introducidas por el Cód. Civ. y Com. con respecto al camino de sirga tuvieron como consecuencia el dar preeminencia a los valores (y beneficios) económicos frente al resto de los valores (y beneficios) sociales, ambientales y culturales asociados a la tierra y a su uso. Dos tipos de razones pueden identificarse como fundamento de estas reformas. Una de ellas es *empírica*, vinculada al argumento, antes mencionado, de la pérdida de utilidad de este instituto al haber desaparecido la navegación a la sirga que le dio origen.

Las otras son *normativas* y están vinculadas, en primer lugar, con la idea ampliamente difundida de que el uso privado de los bienes permite un uso más eficiente y productivo que el que se deriva de un uso común (público), en este caso de las costas de los ríos. Esto a su vez se conecta con una manera tradicional de asignar valor a diferentes actividades humanas, de acuerdo con el beneficio económico que de ellas puede obtenerse. De tal manera que se prefieren aquellas que generan un mayor (o algún) valor económico frente a aquellas que no se traducen en dichos valores o que lo tienen en menor medida. En segundo lugar, con el derecho de la propietaria a la protección de sus facultades de uso, goce y disposición de su inmueble ribereño, y a que le sea garantizada su privacidad o su seguridad frente a la presencia de extraños **(17)**, derechos que sufrirían una mayor afectación en caso de mantenerse los metros que tenía reconocida dicha franja en el Cód. Civil, como también de que se le atribuya una finalidad más amplia.

A continuación, presentaré con mayor detalle los dos tipos de razones mencionadas, las cuales se vinculan con la postura de quienes defienden una interpretación restringida de la finalidad del camino de sirga, e indicaré las críticas que pueden serle realizadas a cada una de ellas. Esto permitirá advertir los problemas que tiene el atribuir una interpretación restringida y por qué se considera correcta una interpretación más amplia.

En primer lugar, con respecto a la razón empírica ofrecida, se sostiene que, si lo que dio nacimiento a esta figura fue un cierto tipo de navegación y ella desapareció, entonces también resulta infundado mantener la extensión de la franja de terreno que respondía a ese tipo de actividad económica. Por lo tanto, debe reducirse la cantidad de metros sometidos al uso público, de forma tal que puedan ser destinados al uso privado.

Sin embargo, si bien los antecedentes históricos permiten explicar con qué objetivos fue introducida una determinada institución, ello se distingue de su justificación. En efecto, lo que justificó el establecimiento de dicha franja de terreno fue la satisfacción de determinadas necesidades de interés público, las cuales en ese momento se identificaban con el impulso del comercio y con los beneficios económicos que podían derivarse de él. Con los años, las necesidades de la población fueron variando y se identificaron con otros valores asociados a la tierra, como los ambientales y sociales, los cuales se traducen en los reclamos de los miembros de la comunidad para realizar allí actividades recreativas, culturales y de disfrute de la naturaleza. Por lo tanto, lo que justifica actualmente man-

(16) Por ejemplo, las prácticas agrícolas que causan la degradación de los suelos tienen impacto en los servicios de provisión de alimentos y en la regulación del clima que estos proveen, lo que, en última instancia, afectará la vida y el bienestar de las personas que viven no solo en esa región, sino incluso en otras partes del mundo.

(17) Véase SINGER, J. W. "Property as the Law of Democracy", *Duke Law Journal*, 2014, 63, p. 1331. Esto se relaciona además con la idea de que la propiedad garantiza una zona de autonomía y privacidad libre de interferencias de terceros. Por lo que, al afectar la propiedad, también se interfiere en la libertad del sujeto (Véase BARROS, B. "Property and Freedom", Journal of Law & Liberty, 2009, 4, ps. 47-57).

tener dicha franja es la satisfacción de necesidades de interés público más *amplias* que las que le dieron origen a la figura.

En segundo lugar, con respecto a la primera razón normativa, uno de los motivos centrales que parece alentar la reducción de los metros destinados al camino de sirga es que de esa forma una mayor parte del terreno puede ser destinada al uso privado y, consecuentemente, al desarrollo de actividades "productivas", es decir, aquellas que generan mayores ganancias económicas, como las industriales o las comerciales **(18)**. Por lo tanto, al reducir la extensión del camino de sirga, se evita la pérdida en términos económicos, derivada de estar sometidos esos metros al uso común (público).

Lo que se hace es contrastar un uso "productivo" de dicha franja de terreno, que se corresponde con un uso privado, frente a un uso "no productivo", que se corresponde con un uso común. Dicho uso común consistirá en actividades recreativas, deportivas, culturales, o en el establecimiento de áreas de reserva o protección natural, que tienen valor en términos sociales, culturales y ambientales. No obstante, este tipo de análisis menosprecia o subestima estos usos, ya que el valor social, cultural y ambiental que tienen no suele tener representación en el mercado, al no estar generalmente cuantificados en dinero o al no ser posible hacerlo.

Por último, con relación a la segunda razón normativa mencionada, esta refuerza una determinada concepción de la propiedad privada, donde la atención se centra en la protección de la libertad del propietario, entendida en términos negativos. Es decir, su derecho a no ser interferido en sus facultades de uso, goce y disposición. De allí que, cuanto más acotada sea la franja de terreno y más reducidos sean los usos autorizados sobre ella, la vulneración de las facultades asociadas con su derecho de propiedad será menor.

Sin embargo, este análisis pasa por alto la pérdida, en términos de libertad, que también sufren el resto de los miembros de la sociedad cuando se les impide el acceso a las costas de los ríos con fines más amplios, que garanticen alguna de las oportunidades más arriba señaladas (recreativas, culturales, deportivas), como también cuando se reduce la porción de terreno destinada a estos fines. No debe perderse de vista, por lo tanto, que la propiedad privada implica una limitación de la libertad de otras personas **(19)**. De tal manera, cuando alguien tiene la propiedad sobre una parcela de tierra, ello genera en el resto de las personas el deber de no usarla, salvo que se cuente con la debida autorización, o de usarla, sujeta a ciertas restricciones (como en el caso del camino de sirga).

Las razones ofrecidas permiten advertir que una interpretación restringida de la finalidad del camino de sirga, al centrarse en las actividades que motivaron la sanción de la figura en su origen (con fines comerciales), deja de lado los diferentes valores que los miembros de la comunidad asocian a la tierra, y los reclamos que se derivan a partir de ellos en relación con los usos permisibles de dicha franja de terreno, lo cual repercutirá, en última instancia, en sus oportunidades y en su libertad. De aquí que se considere correcto atribuir una interpretación amplia, es decir, una que defiende una función social, cultural y ambiental (y no solo económica) de aquella, lo cual permite dar cuenta de dichos valores y preservar las oportunidades y la libertad de los terceros.

III.2. Reformas introducidas por el Cód. Civ. y Com.: tensión con otras disposiciones normativas relacionadas con el ambiente y con la noción de desarrollo humano

Las modificaciones introducidas en el Cód. Civ. y Com., además de ser pasibles de las críticas realizadas en la sección anterior, tampoco parecen concordar con el espíritu de algunas

(18) Se ha criticado dicha reducción por responder a intereses de desarrollo inmobiliario y turístico, accesible solo para quienes puedan afrontar el pago por tales servicios. Puede verse el proyecto de ley, expte. S-2439/15, presentado por el senador Bermejo, R. Disponible en https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2439.15/S/PL. Consultado el día 20/11/2020; y el proyecto de ley, expte. 1942-D-2017, presentado por los diputados Soria, M. E., Soraire, M. A. y otros. Disponible en https://www.diputados.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1942-D-2017. Consultado el día 20/11/2020.

(19) Véase COHEN, G., "Capitalism, Freedom and the Proletriat" en RYAN, A. (ed.), The Idea of Freedom, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1979, ps. 9-26.

otras normas contenidas en dicho cuerpo normativo y en la CN en materia ambiental, las cuales se corresponden con una interpretación amplia de la finalidad de la figura, de acuerdo con lo que se expondrá a continuación.

En la CN se consagra el derecho *a* y el deber *de* protección del ambiente, y se establecen garantías para ello. En efecto, se dispone, por un lado, que las personas tienen derecho a un ambiente sano y equilibrado, que sea apto para el *desarrollo humano* y donde las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y, por el otro, que tanto las personas como las autoridades tienen el deber de preservarlo. Asimismo, se señala que dichas autoridades deberán propender, entre otras cosas, a la utilización racional de los recursos naturales y a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica (art. 41).

En consonancia con esto, el Cód. Civ. y Com. establece que el ejercicio de los derechos individuales "debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva (...) no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial" (art. 240), y que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva **(20)** (art. 14) **(21)**.

De las disposiciones mencionadas surge que el ambiente no es abordado como una acumulación aislada de elementos, sino que se trata de un sistema de interrelaciones entre los bienes que lo conforman, entre los que se incluyen los mencionados de forma expresa en el art. 240 y los que no figuran allí (al tratarse de una lista meramente enunciativa), pero que también están incluidos, como es el caso de la tierra.

Sin embargo, al regular el Cód. Civ. y Com. el ejercicio del derecho de propiedad individual sobre la tierra (y la institución del camino de sirga), se la trata como un conjunto de parcelas aisladas unas de otras a nombre de diferentes individuos (propietarios privados) y no se la toma en sentido integral. Esto lleva a que no se tomen en consideración todas las dimensiones en juego: económicas, ambientales y sociales, y a que la regulación resulte sesgada. En consecuencia, se pierden de vista los efectos ambientales y sociales que pueden derivarse de la pérdida acumulada de kilómetros de costa en virtud de la reducción de la extensión del camino de sirga, como también de los cambios de usos de suelo en dicha franja de terreno.

Por lo tanto, es necesario que la regulación en esta materia tenga en cuenta, por un lado, los posibles efectos ambientales que de ella pueden derivarse, ya que las decisiones que toman las personas acerca de los usos a los que destinarán su porción de tierra es probable que no consideren, ya sea por desconocimiento o por desinterés, los impactos generales y a futuro que se producen, como por ejemplo en términos de biodiversidad. También, puede ser que aquellas desconozcan el impacto colectivo que puede tener la suma de sus acciones o decisiones individuales aisladas acerca del uso de la tierra a lo largo del tiempo, por ejemplo, en términos de degradación, contaminación o contribución al cambio climático.

Por otro lado, también deben tenerse presentes los efectos sociales de dicha regulación, especialmente en términos de acceso a las costas y de disfrute de la riqueza y belleza natural y paisajística, como también en términos de oportunidades para los miembros de la comunidad, tal como se explicará en la presentación que sigue, vinculada con la noción de "desarrollo humano".

La CN reconoce, como se indicó más arriba, el derecho de las personas a vivir en un ambiente, además de sano y equilibrado, "apto para el desarrollo humano". Esta incorporación se realiza con base en la noción de desarrollo humano que figura en los informes anuales del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (en

(20) Un análisis de los cambios introducidos por el Cód. Civ. y Com. en materia ambiental puede encontrarse en CAFFERATTA, N. A., "Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación", Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial, 2014, ps. 273 y ss.

(21) En los artículos transcriptos del Cód. Civ. y Com. y de la CN se hace referencia a algunos de los valores asociados al uso de la tierra, especialmente los ambientales y culturales.

adelante PNUD). Dicha noción centra su atención en las *oportunidades* y en los tipos de vida que pueden llevar adelante las personas, y no está meramente asociado a la idea de progreso económico. En tal sentido, las oportunidades a las que hace referencia son amplias y se vinculan con diferentes ámbitos de la vida humana (social, político, cultural, artístico).

Los informes del PNUD se inspiraron en el trabajo y el aporte realizado por el economista Mahbub ul Haq y el economista y filósofo Amartya Sen. En particular, cabe mencionar la noción de "capacidades" defendida por la teoría elaborada por Sen (junto con la filósofa M. Nussbaum), llamada "enfoque de las capacidades", la cual tuvo influencia al momento de elaborar la noción de desarrollo humano.

El enfoque de las capacidades se centra en la pregunta acerca de qué son capaces de *ser* o de *hacer* las personas, es decir, lo que ellas *están en condiciones* de ser o de hacer. Entre ellas se encuentra la capacidad de alimentarse, hidratarse, gozar de integridad y salud física, movilizarse, *recrearse*, educarse **(22)**. Al hablar de capacidades, estas no se refieren o no dependen meramente de las habilidades físicas o mentales de cada persona, sino que ponen el foco de atención en el entramado institucional y social, que es el que crea o garantiza que todas las personas cuenten con las oportunidades de llevar adelante los diferentes tipos de vida que desean.

Pueden mencionarse dos ejemplos que permitirán comprender mejor la idea de "capacidades". Por un lado, el caso de una persona con discapacidad motriz que requiere de una silla de ruedas para movilizarse. Lo que garantiza su capacidad para hacerlo dentro de una comunidad, su *oportunidad* para movilizarse, no es solamente contar con dicha silla de ruedas, sino que se necesita de una estructura institucional y social que lo vuelva posible a través del diseño urbano, de lugares de acceso público y de la adecuación del transporte público a tal fin.

Por otro lado, el supuesto de una persona que padece alguna enfermedad y que requiere de ciertos tratamientos médicos para preservar y mejorar su salud. Lo que garantiza su *capacidad* para gozar de salud física no se debe a sus condiciones físicas "naturales" (aunque estas pueden repercutir en la eficacia de dichos tratamientos), sino que depende de que cuente con la oportunidad de acceder a servicios de salud. A fin de que dicho acceso se encuentre asegurado, será necesaria la existencia de un determinado esquema institucional y social que lo haga posible a través de hospitales, centros de asistencia, entre otros.

La tarea del Estado y, en consecuencia, el objetivo de las políticas públicas consistirán, entonces, en garantizar dicho entramado institucional, que se reflejará en un conjunto de oportunidades o libertades sustantivas que las personas tendrán aseguradas y que podrán ejercer o no, de acuerdo a sus elecciones y decisiones personales **(23)**.

En consonancia con estas ideas, el primer informe del año 1990 del PNUD expresó que el desarrollo humano implica el proceso de *ampliar las oportunidades* de las personas como el nivel de bienestar del que gozan, y de crear un ambiente adecuado que les permita disfrutar de una vida prolongada y saludable **(24)**. Entre dichas oportunidades se incluye la de hacer uso de sus capacidades para el *descanso* y para la *realización de actividades culturales, sociales y políticas* **(25)**.

(22) Véase SEN, A., "Capability and Well-being" en NUSSBAUM, M. Y SEN, A. (ed.), "The Quality of Life". Ed. Oxford University Press, Oxford, 1993, ps. 30-31; "Inequality Reexamined", Ed. Oxford University Press, Oxford, 1992, ps. 39-40; "Equality of What", *The Tanner Lecture of Human Values*, 1979, 1, ps. 217-219.

(23) Las personas son las que optarán qué cursos de acción tomar, cómo llevar adelante su vida. Así, por ejemplo, tener la capacidad para acceder a los servicios de salud no implica que la persona esté obligada a acudir a un centro de salud o a adoptar un tratamiento que le fue prescripto. Acudir a dicho centro de salud o no hacerlo en caso de estar cursando una enfermedad y continuar (o no) un tratamiento dependerá de su decisión. Puede consultarse NUSSBAUM, M., "Creating Capabilities. The Human Development Approach", Ed. Harvard University Press, Cambridge (MA), 2011, ps. 1, 17-20.

(24) PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, "Desarrollo Humano. Informe 1990", Ed. Tercer Mundo, Bogotá, 1990, p. 31. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1990_es_completo_nostats.pdf. Consultado el día 23/11/2020.

(25) Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, ob. cit. en nota anterior, p. 34.

El Estado, por lo tanto, asume un rol clave, ya que debe proveer el marco general que permita alcanzar estos fines, lo cual asegurará un amplio abanico de oportunidades a las personas, no solo reducidas al ámbito económico, sino a otras áreas (social, cultural) que hacen a su bienestar y que harán posible dicho desarrollo **(26)**.

Lo expuesto permite advertir que la inclusión de la noción de desarrollo humano en la reforma constitucional del año 1994 está fundada en la idea de que para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y posibilitar su bienestar se debe tener en cuenta, además de los parámetros que habitualmente son considerados (ingresos económicos mensuales y bienes materiales de los que son titulares las personas), la existencia de oportunidades no reducibles a variables económicas, como lo son el acceso seguro a ciertos recursos comunes y su participación comunitaria en diferentes actividades culturales, sociales y políticas. De tal modo, las personas dejan de considerarse solo en relación con su posición relativa en la sociedad, de acuerdo con lo que aportan o producen, y se comienzan a tener en cuenta sus necesidades y sus potencialidades **(27)**.

¿Qué implicancias tiene lo indicado acerca de la noción de "desarrollo humano" para el caso bajo análisis? Tal como se presentó hasta aquí, el modo en que sea regulado el camino de sirga (en relación con su extensión, por ejemplo) o la finalidad que le sea reconocida (o cómo esta es interpretada por parte de la doctrina) repercutirán en el tipo de acceso que los miembros de la comunidad tendrán a los bienes comunes, como los ríos, y, de esa manera, en algunas de sus oportunidades, como de ocio o recreación.

Además, debe destacarse que esta restricción en el acceso puede resultar aún más perjudicial para ciertos miembros de la comunidad en virtud de su condición socioeconómica, ya que la única oportunidad que tienen de disfrutar de lugares de esparcimiento y de recreación (como los que ofrecen las costas de los ríos) es a través de un acceso libre garantizado, que no dependa del dinero con el que ellos cuentan.

Lo que se pretende poner de resalto, por lo tanto, es que si, al decidir la regulación acerca del camino de sirga o la finalidad a atribuirle, sigue predominando la idea de que, en caso de no utilizar dicha franja de terreno "de manera productiva", por ejemplo, a través de un uso industrial o comercial, esto conduce a una pérdida en términos económicos, ello se desentiende de los aspectos sociales y ambientales mencionados con anterioridad, y desconoce que, al introducir la noción de desarrollo humano en la CN, esto implica que el Estado debe proteger o promover determinados usos o actividades con el objetivo de garantizar ciertas oportunidades a las personas, que hacen a su bienestar y a su calidad de vida (aunque no sean traducibles en términos económicos).

Por los motivos expuestos a lo largo de este trabajo, una futura regulación del camino de sirga en el Cód. Civ. y Com. debería reflejar las exigencias sociales y ambientales arriba mencionadas, y las derivadas de la noción de desarrollo humano. En tal sentido, deberían establecerse de manera expresa, en su articulado, los usos amplios a los que es posible destinar dicha franja de terreno (a fin de evitar restricciones indebidas), y restituirse los metros que han sido suprimidos, en la medida que sean necesarios para cumplir con la finalidad perseguida.

IV. Conclusión

En este trabajo se ofrecieron diferentes razones a favor de una interpretación amplia de la finalidad del camino de sirga, es decir, una que considera que cumple una función social, cultural y ambiental, y que no solo se reduce a actividades limitadas a la navegación o a la pesca. La importancia que tiene la finalidad que se le

(26) Véase RECALDE, M. C., "El desarrollo humano como tarea del Congreso de la Nación: la noción actual de prosperidad en la Constitución Nacional", Tesis de Doctorado. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, 2016, ps. 166-170, en donde se destacan intervenciones de dos de los convencionales constituyentes que más bregaron por la inclusión de esta teoría del desarrollo humano en la CN (convencionales constituyentes Antonio Cafiero y Elisa Carrió). Disponible en http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/desarrollo-humano-tarea-congreso.pdf. Consultado el día 23/11/2020.

(27) Véase RECALDE, M. C., ob. cit. en nota anterior, ps. 166-169.

atribuya a dicha institución se debe a que ello determinará el tipo de acceso a las costas de los ríos que tendrán los miembros de la comunidad, lo cual repercutirá en algunas de sus libertades y oportunidades (recreativas, culturales, deportivas), ya sea garantizándolas o restringiéndolas.

Por su parte, las reformas introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación al art. 1974, que recepta esta figura, fueron criticadas por dos motivos. Por un lado, parecen estar asociadas a una interpretación restringida de la finalidad del camino de sirga, especialmente al reducir su extensión. Atribuir una interpretación restringida resulta problemático porque no tiene en cuenta los diferentes valores asociados a la tierra por parte de la comunidad (sociales, culturales y ambientales, y no solo económicos), y solo se focaliza en los derechos del propietario y es indiferente a la afectación de la libertad y de las oportunidades del resto de los miembros de aquella.

Por otro lado, porque no se corresponden con lo establecido por otras disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Constitución Nacional con respecto al ambiente y a la noción de desarrollo humano, las cuales favorecen una interpretación amplia de esta figura. Si bien se establece que el ejercicio de los derechos individuales no debe afectar el ambiente, al momento de regular el ejercicio del derecho de propiedad individual sobre la tierra (y el camino de sirga), no se la toma en sentido integral, lo cual lleva a que no se tomen en consideración todas las dimensiones en juego: económicas, ambientales y sociales. De allí que no se repare en las consecuencias que pueden derivarse de la pérdida acumulada de kilómetros de costa en virtud de la reducción de la extensión del camino de sirga, como también de los cambios de usos de suelo, tanto en términos ambientales (por ejemplo, afectación de la biodiversidad) como sociales (en términos de acceso a las costas y de oportunidades individuales).

Por su parte, la noción de desarrollo humano introducida en la reforma constitucional del año 1994 implica, en relación con la figura en estudio, que determinados usos o actividades deben ser protegidos o promovidos con el objetivo de garantizar ciertas oportunidades a los miembros de la comunidad, como de recreación o de ocio (a partir del acceso a ciertos recursos comunes), las cuales hacen a su calidad de vida y a su bienestar.

En conclusión, cuando se definen los derechos de propiedad privada sobre inmuebles ribereños, debe tenerse presente que la regulación que se adopte tiene gran impacto en las libertades y en las oportunidades del resto de los miembros de la sociedad, ya sea contribuyendo a asegurarlas, o bien recortándolas. Con el objeto de lograr que dichas oportunidades no resulten afectadas, debe optarse por una interpretación amplia de la finalidad del camino de sirga. Es por esto que una futura reforma del art. 1974 del Código Civil y Comercial debería establecer de manera expresa los usos amplios de esta franja de terreno, a fin de evitar que estos sean limitados de manera indebida y restituir los metros que han sido suprimidos en la medida que sea necesario para cumplir con la finalidad perseguida.

DERECHO SUSTENTABLE Y DERECHO A LA SALUD

Los ODS y la pandemia COVID-19

Rosa I. Torres Fernández (*)

Durante los últimos años ha crecido la conciencia ambiental sobre las amenazas globales que afectan al mundo, como el calentamiento global y la pérdida de biodiversidad, como así también la preocupación por el impacto ambiental que genera la especie humana. Asimismo, las Naciones Unidas afirman que la pandemia de coronavirus tendrá un fuerte impacto en la Agenda 2030; dichos impactos pueden ser positivos en relación con el cambio climático, pero también pueden ser negativos, vinculados a la salud, la educación, etc. Es decir que la pandemia del coronavirus afecta a todos los sectores de la sociedad: políticos, económicos y sociales.

En la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, realizada en Nueva York (2015), los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas (ONU) aprobaron el documento *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) proporcionan el marco necesario para la formulación y ejecución de políticas de desarrollo a nivel local, y, a su vez, el Gobierno local contribuye de manera asociativa al logro de estos.

Los ODS ponen el foco en las personas, el planeta, la paz y la necesidad de construir alianzas para lograr un mundo mejor y para que nadie se quede atrás. El desarrollo sostenible consiste en el proceso de satisfacer las necesidades de las generaciones actuales y futuras sin poner en peligro la capacidad de recuperación, o resiliencia, de las propiedades de soporte de la de vida, incluyendo la naturaleza, y de la integridad y la cohesión de los sistemas sociales.

La Agenda 2030 (2016) representa un plan de acción para erradicar la pobreza en todas sus formas y dimensiones; está constituida por 17 objetivos de desarrollo sostenible y 169 metas conexas de carácter integrado e indivisible.

Por otra parte, el 14/06/2016, la Asamblea General de la OEA aprobó, mediante la resolución AG/RES 2882, el Programa Interamericano para el Desarrollo Sostenible (PIDS), el cual constituye la plataforma estratégica más importante de la región de las Américas para el logro de los ODS y de la Agenda 2030. El PIDS tiene como objetivo "apoyar a los Estados Miembros de la OEA que así lo soliciten en sus esfuerzos para lograr el desarrollo sostenible en sus tres dimensiones: económica, social y ambiental, incluidas sus políticas de erradicación de la pobreza, en particular la pobreza extrema".

Según María Eugenia Di Paola, "la Agenda 2030 es la agenda de desarrollo de Naciones Unidas, y su objetivo es guiar la acción global de los países, las personas y las instituciones hacia el desarrollo sostenible. Con el lema 'no dejar a nadie atrás', plantea la necesaria visión holística de un desarrollo que involucre el crecimiento económico, la inclusión social y la sostenibilidad ambiental. Con tal finalidad, establece 17 objetivos de desarrollo sostenible con 169 metas asociadas. Dichas metas plantean indefectiblemente indicadores que puedan medir su avance, por lo que la información resulta fundamental para tal fin (...). El derecho al goce del ambiente es, entonces un derecho ínsito a la condición humana y, en tal sentido, no podemos menos que comprenderlo en la concepción de los derechos humanos más básicos de las personas. El acceso a bienes y recursos vitales como el agua y el saneamiento, el aire y la tierra, resultan fundamentales e inherentes a la posibilidad de garantizar el derecho y el deber de preservación del ambiente. Dicho de otra forma: mal podemos proteger aquello de lo que nos vemos pri-

(*) Abogada. Procuradora (UNC). Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad (UCASAL). Secretaria del Instituto de Derecho Ambiental del Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia de Salta.

vados para poder vivir dignamente, y viceversa. El acceso a estos bienes y componentes del ambiente, en tanto piezas fundamentales de la vida humana, no puede desentenderse del derecho al ambiente. Si ese acceso no es garantizado, entonces claramente existe un desequilibrio en los intentos que puedan esgrimirse hacia la sostenibilidad" **(1)**.

Cabe acotar que los derechos humanos han sido los grandes perjudicados tras la pandemia. Al respecto, Amina Mohammed, secretaria general adjunta de las Naciones Unidas, expresa que "la propagación de la pandemia del coronavirus, tanto en los países desarrollados como los que se encuentran en desarrollo, expone las fragilidades y desigualdades de nuestras sociedades" **(2)**. De acuerdo a las estimaciones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, en Latinoamérica, 215 millones de personas (35% de la población) quedarían en situación de pobreza extrema; ante esta situación, es necesario apostar por los ODS y redoblar los esfuerzos para lograrlos.

En el informe *Responsabilidad compartida, solidaridad global: una respuesta a los impactos socioeconómicos de la COVID-19* **(3)** (2020), el secretario general de Naciones Unidas, Antonio Guterres, expresa lo siguiente: "Debemos abordar las devastadoras dimensiones sociales y económicas de esta crisis, centrándonos en los más afectados: las mujeres, las personas de edad, los jóvenes, los trabajadores con salarios bajos, las pequeñas y medianas empresas, el sector no estructurado y los grupos vulnerables, especialmente los que se encuentran en situaciones humanitarias y de conflicto" **(4)**. Además, dice que el mundo se enfrenta a una crisis global humanitaria sin precedentes en los últimos 75 años, por ello "es esencial que los países desarrollados ayuden inmediatamente a los menos desarrollados a reforzar sus sistemas de salud y su capacidad de respuesta para detener la transmisión. De lo contrario, nos enfrentamos a la pesadilla de que la enfermedad se propague como un incendio forestal y a la perspectiva de que la enfermedad vuelva a aparecer donde antes fuera suprimida".

A tal efecto, es necesario tomar como hoja de ruta la Agenda 2030 y los 17 ODS, fomentando la construcción de economías y sociedades más equitativas, inclusivas, sostenibles, resistentes a las pandemias, al cambio climático y a los nuevos desafíos mundiales que se presenten. Por tales motivos: a) es necesario reforzar la resiliencia de los sistemas de salud para frenar la expansión del virus, reforzando la gestión y movilización de recursos humanos y físicos; b) "no podemos dejar a nadie atrás", resaltando la preocupación por la situación que enfrentan los países en vías de desarrollo, y cómo la propagación del coronavirus impactará a nivel económico en diversos países; c) realizar un llamamiento a una respuesta coordinada a todos los niveles, con un enfoque regional que facilite el intercambio de mejores prácticas; d) delimitar las medidas necesarias en los diferentes ámbitos, examinando de manera colectiva los efectos de la pandemia; e) adoptar medidas urgentes para asegurar la supervivencia de las empresas.

Según los autores Bellorio y Cavalli, "la crisis climática, su comprensión y tratamiento científico, transversal e interdisciplinario, las respuestas institucionales a nivel global y local, las acciones requeridas y su implementación, conforman un escenario que abraza por lo menos gran parte de la problemática ambiental de nuestro tiempo y los objetivos del desarrollo sostenible: la pobreza, el hambre, la exclusión, la salud y el bienestar; la educación de calidad; la crisis de agua y el saneamiento, la disponibilidad de energía limpia; la lucha contra las desigualdades; la vida en ciudades y en comunidad; la producción y el consumo; la suerte de ambiente marino y el mantenimiento de los ecosistemas terrestres; la resiliencia ante el clima y los desastres naturales. Y aún, el logro de la paz y de la Justicia, constituyen todos ellos objetivos del desarrollo sostenible directamente

(1) DI PAOLA, M. E., "Prólogo", en GARROS MARTÍNEZ, M. C. y SAFAR, E. (coord.), *Agua segura como derecho humano*, EUCASA (Ediciones Universidad Católica de Salta), Salta, 2020, ps. 13-14.

(2) https://news.un.org/es/story/2020/05/1474602.

(3) https://unsdg.un.org/sites/default/files/2020-03/SG-Report-Socio-Economic-Impact-of-Covid19.pdf.

(4) https://www.fundacioncriteria.org/articulos/ver_actividad/208.

relacionados con la cuestión climática y las acciones para enfrentar las crisis" **(5)**.

Los efectos del COVID-19 sobre los ODS son los siguientes **(6)**:

- ODS 1. Fin de la pobreza. Provoca la pérdida de ingresos, que lleva a los segmentos vulnerables de la sociedad y a las familias a caer por debajo del umbral de pobreza.

- ODS 2. Hambre cero. La producción y distribución de alimentos podría verse interrumpida.

- ODS 3. Salud y bienestar. Efecto devastador en la salud a nivel mundial.

- ODS 4. Educación de calidad. Provoca el cierre de muchas escuelas. El aprendizaje a distancia no es accesible para todos.

- ODS 5. Igualdad de género. Los beneficios económicos de la mujer están en peligro y aumentan los niveles de violencia de género.

- ODS 6. Agua limpia y saneamiento. Las interrupciones del suministro y la escasez de agua en algunas zonas dificultan el acceso a instalaciones limpias para lavarse las manos.

- ODS 7. Energía asequible y no contaminante. La escasez de suministro y de personal está provocando la interrupción del acceso a la electricidad.

- ODS 8. Trabajo decente y crecimiento económico. Actividades económicas suspendidas, menores ingresos, reducción de jornadas laborales, aumento del desempleo.

- ODS 11. Ciudades y comunidades sostenibles. La población que vive en los barrios marginales se enfrenta a un mayor riesgo de exposición al COVID-19, debido a la alta densidad de población y a las malas condiciones de saneamiento.

- ODS 13. Acción por el clima. Menor compromiso con la acción climática, pero también menor impacto ambiental por la disminución de la producción y del transporte.

- ODS 16. Paz, justicia e instituciones sólidas. Los conflictos impiden la adopción de medidas eficaces para luchar contra el COVID-19; quienes se encuentran en zonas de conflicto son los que corren mayor riesgo de sufrir pérdidas devastadoras a causa del COVID-19.

- ODS 17. Alianzas para lograr los objetivos. Agrava la respuesta contra la globalización, pero también pone de relieve la importancia de la cooperación internacional en materia de salud pública.

Es fundamental el trabajo en la salud (ODS 3), como así también en los demás ODS, los cuales son importantes para la sostenibilidad de un mundo mejor. Recordemos que el derecho a la preservación de la salud se encuentra comprendido dentro del derecho a la vida, por ende, corresponde a la autoridad pública garantizar este derecho a través de acciones positivas.

La Organización Mundial de la Salud define la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social y no simplemente la ausencia de enfermedad". Además, el derecho a la salud encuentra su reconocimiento y su protección en una serie de instrumentos comunitarios e internacionales de derechos humanos, los cuales gozan de jerarquía constitucional, según lo establece la Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 22, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, (art. 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (art. 14. 2). Nuestra Carta Magna reconoce el derecho a la salud en los artículos 41, 42, 75 incisos 19 y 23. Mientras que la Constitución de la Provincia de Salta contiene disposiciones referidas a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud en sus artículos 32, 33, 36, 38, 39, 41 y 42.

(5) BELLORIO, D. L.; CAVALLI, L. A., "El recurso agua. Su uso sustentable", en GARROS MARTÍNEZ, M. C. y SAFAR E. (coord.), *Agua segura como derecho humano*, EUCASA (Ediciones Universidad Católica de Salta), Salta, 2020, p. 34.

(6) https://www.pactomundial.org/2020/04/los-efectos-de-la-covid-19-en-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible/.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) adoptó la res. 01/2020, denominada Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, donde se aborda la situación mundial y regional de los derechos humanos comprendidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Dicha resolución hace un llamado a los Estados miembros de la OEA a adoptar un enfoque centrado en los derechos humanos en toda estrategia, política o medida estatal dirigida a enfrentar la pandemia del COVID-19; además, expresa que las medidas que se adopten deben ajustarse a los principios pro persona.

La Comisión destaca que, al momento de emitir medidas de emergencia y de contención frente a la pandemia del COVID-19, los Estados deben prestar atención a las necesidades de los grupos más vulnerables de la sociedad. En el punto nº 18 establece lo siguiente: "Suspender o aliviar la deuda externa y las sanciones económicas internacionales que puedan amenazar, debilitar o impedir las respuestas de los Estados para proteger los derechos humanos frente a contextos de pandemia y sus consecuencias. Ello a fin de facilitar la adquisición oportuna de insumos y equipo médico esencial y permitir el gasto público de emergencia prioritaria en otros DESCA, sin poner en mayor riesgo todos los derechos humanos y los esfuerzos avanzados por otros Estados en esta coyuntura, dada la naturaleza trasnacional de la pandemia". Como sostuvo Alberto Acosta, quien fuera presidente de la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador en el año 2008:

"Urge entender que el ser humano no puede sobrevivir al margen de la naturaleza (...) El ser humano forma parte de ella (...). Cualquier sistema legal apegado al sentido común, sensible a los desastres ambientales que hoy en día conocemos y aplicando el conocimiento científico moderno —o los conocimientos antiguos de las culturas originarias- sobre cómo funciona el universo, tendría que prohibir a los humanos llevar a la extinción a otras especies, o destruir a propósito el funcionamiento de los ecosistemas naturales" **(7)**.

(7) ROSA, M. E., "Derechos de la naturaleza y derecho al agua: cosmovisiones no antropocéntricas", en GARROS MARTÍNEZ, M. C. y SAFAR E. (coord.), *Agua segura como derecho humano*, EUCASA (Ediciones Universidad Católica de Salta), Salta, 2020, p. 83.

TECNOLOGÍA Y AMBIENTE

La formación ambiental mediada por el uso de las tecnologías de la informática y de las comunicaciones en tiempos de COVID-19

Alcides F. Antúnez Sánchez (*)
Rosa María Álvarez Valerino (**)

Sumario: I. Introducción.— II. La formación jurídica ambiental, análisis teórico de sus orígenes y su evolución.— III. La formación jurídica ambiental en la plataforma digital web 2.0.— IV. La pandemia del COVID-19 y la formación jurídica ambiental en la academia cubana.— V. Conclusiones.

I. Introducción

En el año 1972, la historia devela que en la ciudad de Estocolmo se realizó la primera conferencia sobre el tema ambiental; de esta forma, por vez primera se inicia el diálogo internacional sobre los problemas globales que afectan al ambiente por los Estados. Esta conferencia pone en la agenda internacional de los estadistas el problema de la degradación ambiental, en pos de tomar medidas públicas para su mitigación. Para ello, el derecho como ciencia social se instituye en el medio para favorecer el desenvolvimiento ambiental responsable, con el uso de los instrumentos de comando y de control.

Sin embargo, se valora que, paralelamente al extraordinario progreso científico y tecnológico, que ha permitido un alto nivel de vida en las sociedades desarrolladas, hoy más que nunca se advierten los innumerables riesgos originados por el propio desarrollo tecnológico, y sobre los que, pese a dicho progreso, sigue presente la incertidumbre científica sobre los efectos adversos al ambiente y a la salud humana.

Queda claro que la implementación de los avances en las diferentes esferas de las ciencias permite encontrar soluciones para los nuevos desafíos económicos, sociales y ambientales, para favorecer el desarrollo sostenible y las sociedades verdes. De hecho, como ningún país es capaz de alcanzar el desarrollo sostenible por sí solo, la cooperación científica internacional contribuye no solo al progreso del conocimiento, sino también a la construcción de la paz mundial.

(*) Magíster en Asesoría Jurídica con mención en Derecho Administrativo Ambiental por la Universidad de Oriente. Profesor auxiliar de Derecho Ambiental e Internacional. Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma, República de Cuba. Vinculado al proyecto que se ejecuta con la Universidad de Valencia, España "Aprendizaje cooperativo. Mapas conceptuales como metodología docente activa del nuevo espacio de Educacion Superior europeo".

(**) A. A. Carrera de Derecho. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma, República de Cuba.

En este escenario estudiado, se corrobora cómo la ciencia ayuda a los ciudadanos a comprender mejor la problemática ambiental para que contribuyan en su desarrollo, como un hecho fundamental para construir sociedades en las que los individuos tengan los conocimientos necesarios para elegir de manera pertinente sus opciones profesionales, personales y políticas, y para que puedan participar en el apasionante mundo de la investigación, donde la cultura popular, promovida en la teorización realizada por Freire, lo que contribuiría a alcanzar este propósito **(1)**.

La educación ambiental toma un cariz especial en el entorno educativo, dada la situación actual de deterioro progresivo del medioambiente, propiciando y favoreciendo el desarrollo de competencias relacionadas con la participación activa, y el desarrollo de valores a través de la formación jurídica ambiental como necesidad de alcanzar el desarrollo sostenible en el siglo XXI, ante los efectos adversos del cambio climático y los efectos acontecidos con la pandemia del COVID-19.

Como obligación pública mandatada en el texto constitucional de 2019 **(2)** en Cuba, obedece a esta misma lógica de hacer efectiva una responsable participación de la ciudadanía en las decisiones de naturaleza ambiental. Para participar es necesario tanto estar informado como estar formado; ello ha sido un mandato constitucional en las naciones que lo han reconocido como un deber-derecho.

En consecuencia, se aprecia cómo la tendencia en el mundo empresarial se direcciona hacia modelos de negocios amigables con el ambiente en el siglo XXI, incidentes en la calidad de vida y en el bienestar de los ciudadanos, a partir de la tutela adecuada de la Administración pública como reto para alcanzarlo como parte de las políticas públicas, necesitado de un proceso formativo desde la dimensión ambientalista, donde las TIC pueden ser utilizadas como mediadoras en la formación docente con mayor pertinencia por las instituciones formadoras **(3)**.

II. La formación jurídica ambiental: análisis teórico de sus orígenes y su evolución

Los asuntos ambientales ganan protagonismo en las discusiones que tienen lugar en la sociedad, incluyendo las conferencias de Estados, los foros académicos y los medios de comunicación. El problema de la protección ambiental en el siglo XXI se encuentra en el centro de atención de la comunidad internacional, hoy acrecentada con los efectos adversos generados por la pandemia del COVID-19 en el mundo y en especial en la educación superior en la región de América Latina **(4)**.

Desde el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) proclaman en su artículo 1el derecho de los pueblos a la libre determinación, y, en virtud de ello, "establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico social y cultural". Para el desarrollo de sus fines (artículo 1.2), "...todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional...".

A partir de que la Asamblea General de Naciones Unidas, al convocar la Conferencia sobre el Medio Humano —Declaración de Estocolmo— en 1972, hecho jurídico que, a valoración de los autores del artículo, marca un hito en el desarrollo del derecho ambiental y es, a la vez, su cita fundacional; es el punto de conexión entre el derecho ambiental y el derecho internacional. Por la profundidad de sus conceptos se la reconoce como la "Carta Magna" del derecho internacional ambiental **(5)**.

(1) FREIRE, P., "Contribuciones a la Pedagogía", Editorial CLACSO, Argentina, 2008.

(2) Constitución de la República de Cuba. G. O. E. No. 5 de 10/04/2019.

(3) ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., "La formación ambiental. Una necesidad en el siglo XXI con el nuevo saber ambiental", *Revista Murmullos del Sur, Argentina, 2018.*

(4) UNESCO (2020), COVID-19 y educación superior: De los efectos inmediatos al día después. Análisis de impactos, respuestas políticas y recomendaciones.

(5) Véase D' ESTÉFANO PISANI, M., "Derecho Ambiental Internacional", Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1996; FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRA, Á., "Dere-

Como consecuencia, los documentos aprobados en la UNESCO en la década de los 70, referidos a la década de la educación para el desarrollo sostenible, en su mandato en el Plan de Aplicación Internacional del Decenio de la Educación para el Desarrollo Sostenible, el subsistema de reconocimiento ambiental profesional condiciona la realización de la educación en valores ambientales profesionales, como el proceso práctico que se materializa a partir de los subsistemas de valoración ambiental profesional y de actuación ambiental profesional con las propuestas de prevención y/o mitigación de los problemas ambientales en la concepción "pensar globalmente y actuar localmente" a las naciones.

Luego, el PNUMA en 1973 lo estableció como el principal programa de la ONU encargado de los temas ambientales, con la misión de dirigir y alentar la participación en el cuidado del medioambiente, para inspirar, informar y dar a las naciones y a los pueblos los medios de mejorar la calidad de vida, sin poner en peligro la de las futuras generaciones. De aquí la necesidad de que la cuestión ambiental sea un tema pertinente en las universidades en el proceso formativo; para ello reseñó: "...las políticas de economía ambiental en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza deberán ser compatibles con el Derecho Internacional; respetar la soberanía nacional de cada país sobre sus recursos naturales, al tener en cuenta sus circunstancias, objetivos, responsabilidades, prioridades y margen de acción con respecto a las tres dimensiones del desarrollo sostenible...".

Se valora cómo ambos organismos internacionales, la UNESCO y el PNUMA, en 1977, registran en su haber la creación de la Comisión de Educación; son los antecedentes del proceso a través del cual se fue construyendo a nivel internacional la percepción sobre la necesidad de incorporar la *dimensión ambiental*, y de definir su naturaleza de *carácter interdisciplinario* en las universidades, como los entes formadores con este mandato público que les designa el Estado.

Por consiguiente, la educación jurídico-ambiental debe desarrollarse permeando la misión de la universidad, sea para resguardar, divulgar y desarrollar la cultura jurídico-ambiental, y para no quedarse el jurista solamente vinculado a las leyes, según se dispone en el Capítulo 36 de la Agenda 21: "...La educación es de importancia crítica para promover el desarrollo sostenible y aumentar la capacidad de las poblaciones para abordar cuestiones ambientales y de desarrollo, de acuerdo con los preceptos de la ONU, para ser eficaz, la educación en materia de medio ambiente y desarrollo debe ocuparse de la dinámica del medio físico y biológico, y del medio socioeconómico y el desarrollo humano (que podría comprender el desarrollo espiritual), integrarse a todas las disciplinas y utilizar métodos académicos y no académicos y medios efectivos de comunicación...".

Explica por qué se puede distinguir un gran número de corrientes en el campo de la *educación ambiental,* enfocadas al paradigma que asuma el concepto de sistema para comprender y proyectar de manera sostenible la relación hombre-naturaleza como reto que enfrenta la educación en lograr un *enfoque inter y transdisciplinario* con la integración de contenidos vinculados a la protección ambiental; cuestión esta que no hacerlo sesga la formación jurídica ambiental por la transversalidad de la cuestión ambiental **(6)**.

En la década de los 80, en el año 1983, comienza sus trabajos la Comisión Brundtland, con el objetivo de estudiar de modo interrelacionado los problemas ambientales del planeta. Una conclusión de ese informe es que resulta imprescindible vincular los problemas ambientales con la economía internacional y, sobre todo, con los modelos de desarrollo. De los aportes de la comisión fue la sugerencia de retomar el modelo de desarrollo sostenible propuesto con anterioridad por el Club de Roma.

Sobresale entre las reuniones efectuadas en la década de los 90 como continuidad, en 1992, la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro, Brasil. Con la participación de los Estados, se reconoce el derecho soberano a aprovechar sus propios recursos, según las políticas ambientales autóc-

cho Ambiental Internacional", Editorial AFR, La Habana, 1999; JUSTE RUIZ, J., "Derecho Internacional del Medio Ambiente", Editorial MacGraw Hill, Madrid, 1999.

(6) V.gr. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., ob. cit.

tonas. En este cónclave se traza una estrategia internacional para la acción en el campo de la educación y formación ambiental para los años 1990-1999, y se aprueba, en el Foro Global Ciudadano de Río 1992, el Tratado de Educación Ambiental hacia Sociedades Sustentables y de Responsabilidad Global, el cual parte de señalar la educación ambiental como un acto para la transformación social, no neutro, sino político; contempla la educación como un proceso de aprendizaje permanente basado en el respeto a todas las formas de vida **(7)**.

En consecuencia, la toma de conciencia que se advierte hoy sobre la *cuestión ambiental* es la respuesta a aquello a lo que el mundo se enfrenta en el siglo XXI en su evolución, a causa del olvido centenario que hicimos como integrantes del todo. Entonces, no se puede perder de vista el lugar que ocupamos como un componente más del ambiente, debido a los impactos que estamos en capacidad de efectuar en él con una adecuada alfabetización ambiental; ello constituye un reto para los entes formadores.

A los articulistas les queda claro que el proceso de la formación de la cultura jurídico-ambiental es una dimensión de la formación integral del profesional, como el proceso que parte de la consideración de que, en una sociedad democrática, desde el sentido primigenio de ser la justicia, la equidad, la solidaridad y la tolerancia a la diversidad, que aspira a elevar su cultura ética de un nivel empírico, y del sentido común, a un nivel de reflexión argumentativa y justificativa; por lo que cobra especial relevancia en este contexto el abordaje de las causas de la crisis ambiental actual: *el modo de relación establecido por la sociedad industrial globalizada con el mundo natural y las consecuencias adversas que genera el cambio climático en el siglo XXI.*

En la ciudad de Lüneburg, en el año 2000, se acordó que la educación superior diera prioridad a temas sobre la sostenibilidad, pasando de la teoría a la práctica. Incidente que, en pleno siglo XXI, la educación es un desafío fundamental, y es el hecho de lograr una educación para toda la vida, concepción que abarca mucho más que las tradicionales como son la educación básica y la permanente. Aspectos no consolidados aun de manera adecuada, a criterio de los autores ante la transversalidad y multidisciplinariedad del derecho ambiental.

Para este estudio, se valoran los aportes desde la academia de Leff, centrados en la *epistemología ambiental* y en la *ecología política,* dentro de los procesos institucionales y movimientos sociales en favor de la *educación ambiental* en América Latina y el Caribe. El autor consultado hace un estudio de la *complejidad ambiental* desde una perspectiva crítica y analítica, rebasando los discursos políticos **(8)**.

Se aprecia cómo el autor estudiado profundiza la idea del ambiente y propone el concepto del saber ambiental: "...Saber sobre un ambiente que no es la realidad visible de la polución, sino el concepto de la complejidad emergente donde se reencuentran el pensamiento y el mundo, la sociedad y la naturaleza, la biología y la tecnología, la vida y el lenguaje...". Un saber ambiental que es "crítico y complejo" y que "se va construyendo en un diálogo de saberes, en un intercambio interdisciplinario de conocimientos **(9)**.

Se visualiza en este estudio que las grandes preocupaciones de la humanidad en la actualidad, en los diferentes subsistemas que conforman el ambiente con sus interacciones recíprocas, por sus implicaciones para su propia supervivencia, avalan la prioridad otorgada al tema en los análisis y en la acción, como lo han considerado las Naciones Unidas al dedicar el período 2005-2014 como Decenio de la Educación para el Desarrollo Sostenible. Meta aún no alcanzada por todos los Estados de manera adecuada.

Elementos estos relacionados, a criterio de los autores del artículo, con la Agenda 2030 y con los objetivos del desarrollo sostenible (ONU,

(7) GARCÍA FERNÁNDEZ, J., REY SANTOS, O., "Foros de negociación e instrumentos jurídicos internacionales en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible", Editorial Acuario, La Habana, 2005.

(8) LEFF ZIMERMAN, E., "Aventuras de la Epistemología Ambiental: de la articulación de ciencias al diálogo de saberes", Editorial siglo XXI, México, 2006.

(9) LEFF ZIMERMAN, E., "El saber ambiental", Editorial Siglo XXI, México, 1998.

2016), entre las metas del objetivo 4: *garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.*

Lleva a significar a los articulistas que el megaprincipio del desarrollo sostenible implica nuevos y distintos sistemas de pensamientos, requiere de la creatividad, flexibilidad y reflexión crítica de los hombres para influenciar los sistemas de participación pública para la toma de decisiones, ponderándose el principio de información, que puede ser irradiado a través del gobierno digital con las herramientas de las TIC en la web 2.0, hoy contextualizado a través de la economía circular en su tracto evolutivo para alcanzar esta meta **(10)**.

Lo sistematizado hasta aquí permite demostrar que lo acontecido desde la palestra global es un hito importante en la educación ambiental, a partir del nacimiento de su dimensión jurídica. El análisis histórico exige a la universidad que los estudiantes de la carrera de Derecho alcancen una amplia cultura general, ambiental y tecnológica. A su vez, este desarrollo se caracteriza por los constantes cambios que se producen, generados por el desarrollo de la revolución científico-técnica en el siglo XXI, del que la universidad cubana no está ajena, potenciada con el uso de las TIC en la web 2.0.

III. La formación jurídica ambiental en la plataforma digital web 2.0

El concepto de formación ambiental presente en el PNUMA desde 1982 enfatiza este proceso como un conjunto de actividades teóricas o prácticas que llevan a una más adecuada comprensión de los problemas ambientales y a un entrenamiento técnico (capacitación) para el manejo de los ecosistemas, en función de una adecuada calidad de vida **(11)**.

La formación ambiental plantea la necesidad de generar y sistematizar un saber ambiental que pueda ser incorporado a nuevas estructuras curriculares y prácticas académicas capaces de preparar a un nuevo profesional para abordar los problemas ambientales de su disciplina, con una preparación más comprehensiva de orden teórico y práctico; ello es un reto para la academia universitaria. Existe un conjunto de saberes prácticos y una serie de técnicas de evaluación y monitoreo ambiental sistematizadas, que pueden ser incorporados a diferentes cursos, cátedras y carreras por su transdisciplinariedad. Es una necesidad incorporar los saberes técnicos especializados, como las técnicas de monitoreo del aire, el análisis y tratamiento de las aguas, del reciclaje de los desechos, los sistemas de información geográfica, a las carreras como a las metodologías de evaluación de impacto ambiental, sobre el control público ambiental a proyectos de desarrollo desde la integración de contenidos **(12)**.

Los estudios con el uso de las TIC aplicadas en el control de la gestión ambiental (biotecnología, microelectrónica, teledetección y nuevos materiales) dentro del gobierno digital en el siglo XXI en la industria 4.0, los desarrollos de las fuentes alternativas de energía renovables y las no contaminantes deben incorporarse a la formación jurídica ambiental en el proceso docente-educativo. Por tanto, la educación ambiental mediada por las TIC es un reto para la academia y para las políticas públicas de los Estados, toda vez que permitirán su irradiación a mayor velocidad, en pos de alcanzar el principio del desarrollo sostenible en la web 2.0 **(13)**.

(10) Conf. CABERO, J. y LLORENTE, M., "Las Tic y la Educación Ambiental", *Revista Latinoamericana de Tecnología Educativa No. 4, España, 2005, ps. 9-26; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., "La Minería Urbana. Un análisis desde el ordenamiento jurídico en Cuba. Una apuesta al desarrollo sostenible desde la Economía Circular", Revista Derecho y Cambio Social No. 60, Perú, 2020; PIÑAR MAÑAS, J., "El desarrollo sostenible como principio jurídico", Estudios de Derecho Público Económico, Madrid, 2003.*

(11) NOVO VILLAVERDE, M., "La educación ambiental, una genuina educación para el desarrollo sostenible", *Revista de Educación, Número extraordinario, España, 2009, ps. 195-217.*

(12) Vgr. LEFF ZIMERMAN, E., "Aventuras de la Epistemología Ambiental: de la articulación de ciencias al diálogo de saberes", Leff Zimerman, E. et al. (1991) Las ciencias sociales y la formación ambiental a nivel universitario en América Latina, UNESCO, México.

(13) Vgr. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., "La formación ambiental. Una necesidad en el siglo XXI con el nuevo saber ambiental", 2018; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., "La industria

En el desarrollo de la sociedad, se justiprecia que exige a la universidad que sus egresados alcancen una amplia cultura general, ambiental y tecnológica, que les permita insertarse en el proceso productivo dentro del desarrollo de la empresa pública con mayor autonomía, hoy dentro del gobierno digital en la web 2.0. Este desarrollo se caracteriza por los constantes cambios que se producen, generados por el desarrollo de la revolución científico-técnica en el siglo XXI en la 4ª Revolución industrial, con las aplicaciones de las TIC, en pos de irradiar en menor tiempo y a mayores espacios acciones de capacitación incidentes en la formación jurídica ambiental, hoy potenciada con el fomento del uso de celulares inteligentes de 4a generación (4G), la inteligencia artificial, la internet de las cosas, la nube digital, entre otras.

Se colige que la cuestión ambiental le plantea a la universidad en el siglo XXI la necesidad de ubicarse en las transformaciones sociales hacia el desarrollo equitativo, democrático y sustentable. Por ello, se pondera que será un valor añadido tener un egresado formado en temas ambientales como una de sus competencias profesionales con la integración de contenidos ambientales; ello lo hará ser un profesional con competencias en el mercado laboral, que demanda profesionales competentes.

La postura expuesta *up supra* se fundamenta en la pertinencia de *integrar la problemática ambiental*, abarcando lo transversal e intertransversal; son *retos educativos* presentes como realidades sociales en el contexto formativo desde la *dimensión ambiental* con la que los autores del artículo se afilian, por ser más integradora con la *relación sociedad-naturaleza* y con la conformación de una ética comprometida con la *preservación ambiental*, incorporadas al individuo, agravada con el *cambio climático*. Resaltamos que son necesarios los aportes de la ciencia para su mitigación desde estudios integradores, por la multidimensionalidad de la *cuestión ambiental*. Ello constituye un reto a consideración de los articulistas, aún sin soluciones para contribuir a su mitigación por los Estados dentro de sus políticas públicas, que en el siglo XXI es un tema pertinente ante las consecuencias del cambio climático que se aprecian en el mundo, donde la formación jurídica ambiental será un elemento a ponderar.

Por ello, las políticas públicas de los Estados en este sentido van a potenciar el desarrollo que primero se llamó *ecodesarrollo*, después, *desarrollo endógeno* y, más tarde, *desarrollo sostenible*. Desde lo jurídico, se significa la pertinencia del *principio de prevención*, como principio rector del derecho ambiental, reforzado con el precautorio y el de legalidad, por cuya existencia se connota lo que se denomina "daño permisible", y se precisa a través de él hasta dónde se puede permitir el daño ambiental. Las bases jurídicas de la concepción pedagógica que se presenta se erigen sobre los fundamentos del derecho ambiental y constituyen un llamado a la toma de conciencia sobre la *emergencia ecológica*, en la articulación de un proceso normativo e institucional que, desde un aparato legislativo, establece como requisito desde el *control público ambiental* con la *inspección y la auditoría* **(14)**.

Empero, comprender las bases jurídicas en el contexto de la *educación ambiental* significa reconocer la necesidad de la implementación de las *herramientas de gestión* como materialización del principio de prevención, con el objetivo de incorporar los proyectos de formación desde su ejercicio profesional. El *principio de prevención* es el más importante, dentro de los principios ambientales, en los ordenamientos jurídicos, que parten desde la Carta Magna en algunos Estados.

En esta misma línea de análisis, se valora cómo Berriz describe la *educación ambiental* como un tema transversal asociado a todas las áreas del conocimiento, que requiere un enfoque globalizador e interdisciplinario. Es un movimiento innovador cuyos principios afectan a todos los componentes del proceso pedagógico; se refiere a problemas que rebasan el ámbito del sistema educativo y que afectan a toda la socie-

4.0. Análisis y estudio desde el Derecho en la 4ta Revolución Industrial", 2019.

(14) ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., RAMÍREZ SÁNCHEZ, A., "La inspección ambiental. La evaluación de impacto ambiental. La autorización ambiental y la auditoría ambiental", Revista de Derecho UNED No 18, España, 2016, ps. 1-40.

dad, y es esencial en la formación de valores requeridos para la conducta ciudadana **(15)**.

El asidero jurídico-ambiental de la formación favorece la interpretación de la *educación jurídico-ambiental* como la herramienta que tributa a la preparación de los operadores del derecho tanto en la protección del entorno como en su actuación como profesionales con una mirada bioética. La *educación jurídico-ambiental* como dimensión de la educación ambiental es un proceso continuo y permanente orientado al conocimiento generalizado de los derechos y de las obligaciones, que, en el proceso de construcción y producción de conocimientos, de desarrollo de hábitos, habilidades, y actitudes, así como en la *formación de valores jurídicos*, armoniza las relaciones entre los seres humanos, y de ellos con el resto de la sociedad y con la naturaleza, sobre la base de las categorías de lo justo y lo injusto, lo legal y lo ilegal, lo legítimo o no, que pueden ser estas relaciones en un contexto histórico determinado, para propiciar la orientación de los procesos económicos, sociales y culturales hacia el desarrollo sostenible **(16)**.

La *educación jurídico-ambiental* busca la formación de una cultura jurídico-ambiental; sin embargo, las ciencias de la educación no se han ocupado de este aspecto en profundidad de manera adecuada; no obstante, sobre la *cultura jurídica* o la *cultura de la legalidad*, se ha particularizado el conocimiento de los derechos y de las obligaciones, de las prácticas y costumbres a las que se les atribuyen, en algunos sistemas de derecho, una función razonable y relevante en la vida colectiva, que permita dar cumplimiento al *principio de legalidad.*

La *educación jurídico-ambiental*, acerca del derecho ambiental en el contexto de Latinoamérica, se reconoce como un entramado complejo de doctrinas; se va constituyendo como un conjunto de derechos que atraviesa todo el sistema jurídico, tanto en su racionalidad formal como en sus bases materiales, en sus principios axiológicos y en sus instrumentos normativos. Demanda una transformación profunda del *régimen jurídico* que sostiene la racionalidad económica dominante; implica una movilización de la verdad que fragua nuevos fundamentos y formas jurídicas, diferentes al derecho ambiental occidental **(17)**.

Puede afirmarse en este estudio que en el siglo XXI hay un derecho ambiental latinoamericano, con diferencias con el derecho ambiental de otros contextos, ante el reconocimiento de sujeto a la naturaleza dentro del pluralismo jurídico, el que lo distingue a partir de su reconocimiento en los textos constitucionales diferente a la teoría occidental en la *concesión de los derechos* que se le dio a la naturaleza en las Cartas Magnas de Bolivia y de Ecuador como sujeto. Garantizan a los pueblos indígenas la conservación y el desarrollo de sus formas tradicionales de convivencia y organización social; ello constituye una expresión de la *interculturalidad* de los pueblos originarios, desde la Pacha Mama y el *sumak kawsay* **(18)**.

Por ende, la incorporación de la *dimensión ambiental* constituye un recurso metodológico que permite la integración al *proceso formativo*, un sistema de elementos ambientales (conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes y valores), conscientemente diseñados y contextualizados, que, en el caso particular de la formación de profesionales, debe efectuarse sobre la base de los objetivos generales del modelo del profesional, y concretarse en los objetivos de cada año, componentes y disciplinas, así como en las diferentes actividades, para contribuir a la

(15) BERRIZ VALLE, R., "La educación ambiental y la redimensión del currículo escolar", Instituto Superior Pedagógico Enrique José Varona, La Habana, 2005.

(16) Consúltese, LAZO, P., "Formación jurídica, competencias y métodos de enseñanza: premisas", *Revista Ius et Praxis Nº 1,* Chile, 2011, ps. 249-262; MOLANO, N., *"La formación ambiental en la educación superior: una revisión necesaria",* Revista Luna Azul No 39, Colombia, 2014, ps. 186-206.

(17) Véase, ROSA MORENO, J., "El Derecho Ambiental en Latinoamérica, Integración económica y medio ambiente en América Latina", Editorial McGraw-Hill, Madrid, 2000, ps. 13-21; ESPERÓN JIMÉNEZ, C., "Tesis Doctoral: Desarrollo del Derecho Ambiental en Centroamérica", Universidad de Alicante, España, 2010.

(18) Confróntese ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., DÍAZ OCAMPO, E., "El pluralismo jurídico en América Latina", *Revista Dos Tribunais Thomsonreuters No. 990,* Brasil, 2018; PEÑA CHACÓN, M., *"La Revolución de los Derechos Humanos Ambientales y de los Derechos de la Naturaleza",* Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales No. 28, Argentina, 2018.

formación de un profesional capaz de transformar su entorno a través de una adecuada alfabetización ambiental en materia jurídica.

También, se analiza cómo las normas legales, en los ordenamientos jurídicos, articulan los diferentes instrumentos jurídico-ambientales, favorecen el conocimiento general de los derechos y de las obligaciones que, en el proceso de construcción y producción de conocimientos, de desarrollo de hábitos, habilidades y actitudes, así como en la *formación de valores jurídicos*, armonizan las relaciones entre los seres humanos, con el resto de la sociedad y con la naturaleza, sobre la base de las categorías de lo justo y de lo injusto, lo legal y lo ilegal, lo legítimo o no, para propiciar la orientación hacia el desarrollo sostenible a partir de valores como *la justicia, la responsabilidad, la solidaridad, la disciplina y el rigor profesional, el humanismo y la honestidad* en el proceso de formación del estudiante de la carrera de Derecho como principio jurídico **(19)**.

Por ello, la *educación jurídica ambiental* debe ser vista como un proceso educativo que integra el contenido de las *categorías jurídicas* relacionadas con el ambiente, donde se establece una dialéctica entre deberes y derechos que generen un conocimiento jurídico del estudiante de Derecho desde el derecho constitucional ambiental; ello le permite sensibilizarse ante los problemas ambientales y adoptar las herramientas para cumplir y hacer cumplir lo regulado en el ordenamiento jurídico como un *profesional con competencias*, cuyos modos de actuación se correspondan con el desarrollo de la *educación científica* del siglo XXI.

También se analiza, por su pertinencia, que urge la *formación por competencias* en el campo de lo ambiental, que deberá, necesariamente, partir de *aspectos teóricos conceptuales y terminológicos específicos*, sobre la base de *programas multidisciplinarios integrados* para estar en condiciones de participar en manera activa en las decisiones profesionales, por lo que es necesario tener algo que decir, voluntad de hacerlo, medios necesarios, información adecuada, conocimientos sólidos y profunda responsabilidad para una articulación adecuada.

En esta misma línea del estudio realizado, Peña argumenta que la constante en los sistemas jurídicos es que todavía no hay un reconocimiento expreso del estatus de *sujeto de derecho a la naturaleza*, es decir que cualquier persona pueda ejercer su representación adecuada a través de esquemas de legitimación procesal amplia en defensa de intereses supraindividuales, y, a la vez, que pueda solicitar, a través de la pretensión procesal, la conservación y recomposición del ambiente. Desde una óptica estrictamente jurídica, los *derechos de la naturaleza* no representan un avance sustantivo ni procesal, para la evolución del derecho ambiental contemporáneo **(20)**.

Se razona que otro elemento a ponderar en la actividad de formación ambiental estará en la clave del éxito del Acuerdo tomado en París en el 2017, que residirá en la implicación de toda la comunidad internacional como un ejemplo de *gobernanza mundial*, y en el fomento de *concienciación de la sociedad* hacia la necesidad de avanzar hacia un desarrollo sostenible con nuevos modelos de comportamiento y convivencia. Para ello, será necesario seguir profundizando en la *educación ambiental*. Cuestión con la que se coincide en seguir realizando acciones vinculadas a la *formación ambiental* **(21)**.

Ello se materializará en la próxima COP 25, que se realizará en España con la Conferencia sobre Economía Circular, cuyo objetivo es dar visibilidad al aporte de la Economía Circular en la mitigación del Cambio Climático, para promoverla a las empresas latinoamericanas y europeas, difundiendo experiencias y buenas prácticas de Europa y América Latina. Urge incorporar este elemento en las actividades formativas.

(19) Consúltese CADUTO, M., "Guía para la enseñanza de valores ambientales. Programa Internacional de Educación Ambiental", UNESCO-PNUMA, España, 1992; FABELO CORZO J., "Los valores y sus desafíos actuales", Editorial José Martí, La Habana, 2005.

(20) PEÑA CHACÓN, M., "Derecho Ambiental efectivo", Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 2016.

(21) JUSTE RUIZ, J., BOU FRANCH, V., "El desarrollo sostenible tras la cumbre de Río + 20: desafíos globales y regionales", Editorial Tirant lo Blanch, España, 2017.

Por consiguiente, queda claro que el reconocimiento de la *educación ambiental* como proceso formativo e integrador y la dimensión del proceso docente educativo se estructuran en una organicidad interna y en una dirección coherente en la que participan todos los sujetos implicados en el proceso de *formación jurídica ambiental* y en la que las influencias educativas solo adquieren verdadero significado cuando son asumidas por él, cuando alcanzan un auténtico sentido y valor individual, y cuando se incorporan como rasgos y/o cualidades de su personalidad que regulan su comportamiento, y posibilitan que este pueda operar con los saberes adquiridos, por lo que su resultado se concreta en la formación ambiental del futuro jurista en su modo de actuación en el escenario que interactúe.

Como puede apreciarse hasta aquí, la *educación ambiental* constituye un aspecto de la *formación integral* del alumno, de ahí su carácter de dimensión. Sus contenidos están de manera implícita o explícita en contenidos de los diferentes aspectos que conforman la formación integral; por ello, además, se considera que tiene un *carácter multidimensional* **(22)**.

Se asume en este estudio lo planteado por Parada, referido a la *formación ambiental* como resultado de un proceso de adquisición de conocimientos, desarrollo de habilidades, hábitos de conductas y apropiación de valores; comprende la formación de *actitudes ambientales*, que se expresan en el comportamiento social del alumno en los diferentes espacios de la vida cotidiana **(23)**.

Es valorada la noción de *formación ambientalista* aportada por Pérez, al señalar, desde su posición, la educación ambiental como un problema social, de naturaleza cognitiva que, por tanto, remite a la apropiación de lo ambientalista por los estudiantes desde su proceso formativo, y aparece transversalizado por la sostenibilidad del desarrollo desde una visión ética que implica compromiso y responsabilidad social en relación con la naturaleza, con su explotación solidaria **(24)**.

Lo que reafirma que la visión formulada desde el año 2020, recogida en el documento *Educación superior en el siglo XXI: Líneas estratégicas de desarrollo*, señala que las instituciones de educación superior (IES) deben haber "...incorporado a los programas docentes elementos formativos orientados a fortalecer la comprensión del entorno social y natural, el desarrollo sustentable, los derechos humanos, la educación para la democracia, la cultura para la paz y la tolerancia...".

En este contexto, se pondera que la *cultura ambiental*, como expresión concentrada de la actividad humana en relación con el medio ambiente natural o construido, constituye una preocupación de la educación superior, aun cuando no necesariamente encauce sus procesos formativos con la intencionalidad de predeterminar al sujeto con una *educación en valores* de respeto al ambiente, aunque de forma espontánea ha venido cimentándose este valor a partir de la formación de habilidades y procedimientos interpretativos con relación al ambiente.

Vale destacar que, en la educación ambiental, la noción de "incompletud" que se aporta desde la *ecología de saberes* es sumamente relevante, e implica asumir que la educación ambiental nace de las entrañas mismas de la crisis ambiental, y que se deberá "mover", en el sentido de construir conocimiento, en un contexto cultural caracterizado por el fin de las certidumbres y por la aceleración de los tiempos de duración del conocimiento. Lo digital es el entorno por excelencia donde el conocimiento actual se crea y se distribuye, y que permite un crecimiento exponencial de información.

Queda claro, desde la integración de contenidos en este análisis sobre la formación jurídica ambiental, que desde lo sociológico son asumidos los fundamentos de la *Sociología de la Educación,* en la que se explica la educación como

(22) GONZALEZ-GAUDIANO, E., "Educación ambiental", Instituto Piaget, Lisboa, 2005.

(23) PARADA ULLOA, A., "Tesis Doctoral: Estrategia educativa para la formación de actitudes Ambientales en los estudiantes de secundaria", Universidad de Ciencias Pedagógicas Frank País, Santiago de Cuba, 2007.

(24) PÉREZ, M., TELLERIA, M., "Las TIC en la educación: nuevos ambientes de aprendizaje para la interacción educativa", *Revista de Teoría y Didáctica de las Ciencias Sociales No. 18, 2012, ps. 83-112.*

función de la sociedad, donde se enmarca el papel de la educación como institución social donde tiene lugar la formación del profesional.

Desde lo psicopedagógico**,** son refrendados los postulados del *enfoque sociohistórico-cultural* desde la postura de Vigotsky, y sus continuadores, al manifestar que las funciones psíquicas superiores son un producto de la apropiación de la experiencia histórico-social, y que se encuentran en los objetos y fenómenos que, a su vez, constituyen síntesis del decursar histórico de la humanidad; o sea, la *apropiación* constituye el mecanismo fundamental por el cual se produce el desarrollo psíquico humano **(25)**.

Según esta teoría, el autor señala que las estructuras formales de la mente se forman como producto de la apropiación del *bagaje cultural* producido por la evolución histórica de la humanidad, que se transmite en la relación educativa; estas se comunican de generación en generación e implican contenidos, conocimientos, junto a formas, estrategias, modelos de conocimiento, que el individuo capta, comprende, asimila y practica; por esto se resalta el valor de la instrucción y se le da gran peso a la actividad tutorada.

Estos fundamentos analizados son pertinentes y permiten en la concepción que se presenta cualificar y caracterizar el *aprendizaje jurídico ambiental* del profesional como desarrollador desde su modo de actuación. Este fundamento pedagógico general se concreta en la postura de Álvarez, quien ratifica la pedagogía como ciencia que estudia la formación, en general, y que, por tanto, permite dirigir científicamente este proceso para alcanzar altos niveles de calidad y excelencia. La concepción pedagógica de la *formación jurídica ambiental* se estructura como un todo; cada componente se interrelaciona con el otro en la expresión dialéctica de lo general y lo singular, a través de lo particular y de las relaciones entre el todo y las partes. Ello permitirá conformar el modelo pedagógico de formación jurídica ambiental de los estudiantes de la carrera de Derecho desde la interdisciplinariedad **(26)**.

Se demuestra con este análisis desde las diversas ciencias analizadas que la *educación ambiental* y las TIC se complementan con los elementos teórico-prácticos y desarrollan en el educando que las usa habilidades, destrezas y conductas que propician que el alumno haga suyos los conocimientos sobre el medioambiente, la sustentabilidad, su uso en beneficio del ambiente, que descubra nuevas herramientas que le permitirán contribuir al mejoramiento de la relación hombre-naturaleza en menor tiempo; lo que consecuentemente formará ciudadanos más responsables y conscientes del *cuidado de la naturaleza*. Para lograr una *educación ambiental sustentable* con el uso de las TIC, será necesario conocerlas y dominarlas, para usarlas en en beneficio del ambiente y para alcanzar con ello una mayor *cultura ambiental*.

En este mismo orden de análisis, en la actual sociedad del conocimiento y de la información, el sistema educativo debe favorecer la *formación continua y permanente* de los docentes de la educación superior, a fin de responder a las necesidades, los intereses y los retos del estudiante donde se implementen, como mediadoras, las TIC. Pero, para lograrlo, será necesario facilitar el acceso a internet en cualquier sitio, a fin de promover el aprendizaje y la *formación mediada por tecnologías*. Será necesario, para su consecución, fortalecer un aprendizaje continuo a lo largo de la vida del profesorado y de los profesionales, para potenciar con ello *competencias cognitivas, procedimentales y actitudinales* ante los avances tecnológicos, que en el siglo XXI están en constante evolución y desarrollo, para alcanzar los objetivos del milenio para el 2030 **(27)**.

La formación ambiental es un reto para la academia, donde las TIC tienen un papel destacado como mediadoras en estos procesos a partir de la integración de contenidos.

(25) VYGOTSKI, L., "Pensamiento y lenguaje. Teoría del desarrollo cultural de las funciones psíquicas", Editorial Pueblo y Educación, Cuba, 1987.

(26) ÁLVAREZ PÉREZ, M., "Interdisciplinariedad: Una aproximación desde la enseñanza aprendizaje de las ciencias", Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 2004.

(27) MARTÍNEZ OSÉS, P., "Un análisis del poder en la agenda 2030: oportunidades para un cambio de paradigma de desarrollo", *Economistas sin Fronteras Dossieres EsF N.º 26,* España, 2017.

Derivado de lo antes señalado, se valoran los aportes en relación con el uso de las TIC. Cabero y Llorente declaran que, entre las palabras que han prevalecido a finales del siglo XX y en los comienzos del XXI, se encuentran "medio ambiente" y "tecnologías de la información". El cuidado y el respeto por el medio ambiente se han convertido en un valor significativo en la sociedad**,** impregnando sus sistemas educativos, y ello posiblemente como consecuencia del aumento demográfico, el imparable consumismo, el agotamiento de recursos que parecían inagotables, el aumento exponencial de los residuos, la imparable contaminación y las transformaciones en los valores que se están produciendo en la esfera humana. Ya en la Carta de Belgrado formulada en 1975 se hablaba de que el individuo debería ser formado en un mínimo de competencias y capacidades ambientales **(28)**.

Murga-Menoyo afirma que, dentro de las investigaciones que se han realizado en el campo de las *TIC y* de *la educación ambiental*, se encuentra la de *Mapas conceptuales con Cmap Tools*. En la enseñanza universitaria de la *educación ambiental* se notifica una experiencia exitosa en la UNED (España), en dos materias de la Licenciatura de Pedagogía que imparte la Facultad de Educación: Educación Ambiental y Desarrollo Sostenible, sus implicaciones sociales y educativas **(29)**.

En tal sentido, se asevera que algunos de los recursos tecnológicos de las TIC pueden ser utilizados en la *formación jurídica ambiental* como mediadores son *el video educativo, la multimedia, los blogs, las wikis, las bibliotecas virtuales y la internet, entre otros*, los que aún no son explotados adecuadamente por los profesores dentro del proceso docente educativo, por las limitantes tecnológicas y por la necesidad de conocer cómo usarlos.

En la web 2.0, podemos encontrar *aplicaciones* que pueden contribuir a la irradiación de la *educación ambiental* con el uso de plataformas digitales como Facebook, Twitter, Linkedin, YouTube, entre otras; las que inobjetablemente *abren canales interesantes* en relación con la cuestión ambiental, que pueden ser con sucesos acontecidos en el propio territorio o en otros contextos foráneos en tiempo real **(30)**.

Se aprecia en este estudio cómo la educación a distancia con el uso de las TIC se caracteriza por tener como objetivo fundamental la formación integral del estudiante a partir del desarrollo de su independencia y su autorregulación, con una concepción del proceso de enseñanza-aprendizaje desarrollador, en condiciones de semipresencialidad, denominado "aprender a aprender" (*blended learning*), de un modo autorregulado (metacognitivo, que implica fortificar la autonomía de la persona que aprende).

Por tal motivo, se demuestra, luego del análisis de los referentes teóricos estudiados, como cierre del epígrafe, que será necesario dar paso a modelos pedagógicos innovadores, con la fortaleza de la utilización de las redes sociales en los escenarios educativos con las TIC para crear, organizar y compartir contenidos en el tema relacionado con la *educación ambiental*, que permitan a los estudiantes gestionar su propio aprendizaje con una adecuada alfabetización ambiental en la web 2.0 desde la axiología jurídica y la sociología ambiental; claro que el profesor debe tener estas competencias digitales demostradas para interactuar con sus estudiantes **(31)**.

IV. La pandemia del COVID-19 y la formación jurídica ambiental en la academia cubana

En el 2020, el PNUMA, autoridad líder a nivel mundial en la materia ambiental, emitió un documento denominado *Trabajar con el medio ambiente para proteger a las personas*, que expone cómo está ajustando su trabajo para apoyar a las naciones y a sus aliados para "reconstruir

(28) CABERO, J., LLORENTE, M., ob. cit.

(29) MURGA-MENOYO, M.A., "Infotecnología e innovación docente. Los editores de mapas conceptuales: posibilidades y límites", *Revista Pedagogía Universitaria UNED No. 249,* España, ps. 273-288; MURGA-MENOYO, M. Á. et al., *"Mapas conceptuales con Cmap tools en la enseñanza universitaria de la Educación Ambiental. Estudio de caso en la UNED",* Revista Enseñanza de las Ciencias No. 29, España, 2011, ps. 47-60.

(30) ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., "Las infotecnologías, su aplicación en la formación de la cultura ambiental", *Revista de Ciencias Jurídicas Pensar,* Brasil, 2017.

(31) GUADARRAMA GONZÁLEZ, Á., "La axiología jurídica en la formación integral de los estudiantes de Derecho", Editorial Porrúa, México, 2004.

mejor", tras la pandemia de COVID-19, a través de un conocimiento científico más sólido, políticas que respalden un planeta más saludable y más inversiones verdes.

La respuesta del PNUMA se enfoca en cuatro áreas: ayudar a las naciones a gestionar los residuos durante la respuesta al COVID-19, impulsar una transformación profunda en favor de la naturaleza y de las personas, trabajar para garantizar que los paquetes de recuperación económica creen resiliencia ante futuras crisis, y modernizar la gobernanza ambiental global.

En el ámbito científico, es ampliamente aceptado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) que el SARS-CoV-2 se originó a partir de pangolines salvajes vendidos en un mercado para consumo humano en la ciudad de Wuhan, en China. Como ocurrió anteriormente con el SARS (2003), la gripe porcina (2009) y MERS (2012), el contacto cercano entre las especies silvestres y los humanos permitió que el virus se cruzara entre las especies, lo que resultó en la aparición de una nueva enfermedad humana, que se propagó rápidamente en el mundo globalizado. Así lo señala el informe de riesgos globales del 2020 de la ONU por la degradación ambiental como causal. Para ello, se valora que la clave está en proteger el ambiente; esa es la estrategia esencial para evitar otras crisis importantes de salud en el futuro, con la articulación de las políticas.

En este mismo plano, se aprecia la posición de la Oficina Regional del PNUMA en América Latina y el Caribe, que elaboró una serie de resúmenes de política, titulada *Articulando la política social y ambiental para la recuperación pos-COVID-19*. Se señala la de mayor relevancia: *cómo articular respuestas integradas a las crisis sanitaria, económica y climática en América Latina y el Caribe*.

La UNESCO señala que más de 1500 millones de estudiantes han sido afectados por el cierre de escuelas a causa del COVID-19. La pandemia ha causado una crisis de salud, económica y educativa, y ha conllevado una serie de limitaciones físicas y sociales en medio de las cuales surge una gran necesidad de alfabetización científica. Se analiza también cómo esta iniciativa promovida por la UNESCO apoya la meta 7 del Objetivo de Desarrollo Sostenible, y la Década de Acción para el cumplimiento de la Agenda 2030. Cuenta con el respaldo de la Coalición Mundial para la Educación, lanzada por la UNESCO en el 2020, cuyo objetivo es mantener las actividades de aprendizaje durante la pandemia mediante una alianza de Gobiernos, socios tecnológicos y líderes en el campo de la educación.

La Organización Mundial de la Salud/Banco Mundial, en su informe de setiembre de 2019 titulado *Un Mundo en Peligro. Informe anual sobre preparación mundial para las emergencias sanitarias*, puso sobre aviso respecto a los efectos catastróficos que podría acarrear una emergencia sanitaria causada por un patógeno respiratorio. Al efecto, se advirtió: "...el mundo no está preparado para una pandemia causada por un patógeno respiratorio virulento y que se propague con rapidez. La pandemia mundial de gripe de 1918 afectó a un tercio de la población mundial y mató a 50 millones de personas, el 2,8% de la población total. Si hoy en día se produjera un contagio parecido, en un mundo con una población cuatro veces mayor y en el que se puede viajar a cualquier lugar en menos de 36 horas, podrían morir entre 50 y 80 millones de personas. Además de estos trágicos niveles de mortalidad, una pandemia de este tipo podría causar pánico, desestabilizar la seguridad nacional y tener graves consecuencias para la economía y el comercio mundial...".

Cumpliendo el mandato constitucional de Cuba, el art. 75 dispone: "todas las personas tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado. El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras" **(32)**.

En el desarrollo dentro del ordenamiento jurídico con la ley 81 de 1987, en su art. 50, se dispone: "el Ministerio de Educación Superior garantizará la introducción de la dimensión ambiental, a partir de los modelos del profesional y de los planes de estudios de pre y postgrado y de extensión y actividades docentes y extra-

(32) Constitución de la República de Cuba. G. O. E. No. 5 de 10/04/2019.

docentes, dirigidas a la formación y el perfeccionamiento de los profesionales de todas las ramas" **(33)**.

En este sentido, en la ley 81 de 1997, se valoran como legítimas la educación ambiental y la estrategia ambiental como instrumentos de la gestión y la política ambiental, disponiéndose que la educación ambiental se organiza y se desarrolla mediante un enfoque interdisciplinario y transdisciplinario, propiciando en los individuos y grupos sociales el desarrollo de un pensamiento analítico que permita la formación de una visión sistémica e integral del ambiente **(34)**. Los autores no hacen alusión al mandato de la Ley de Educación, por aún no existir en el ordenamiento jurídico cubano.

No obstante, se aprecia cómo la educación jurídica ambiental se define en el libro de derecho ambiental cubano como "...el sistema de valores socialmente dominantes, sobre lo justo y lo injusto de una determinada acción u omisión, resultado no solo de la costumbre y del grado de instrucción, sino además de los intereses económicos y sociales prevalecientes en ese momento..." **(35)**.

Se valora cómo la nación cubana compartió con la UNESCO y su Instituto de Estadística las experiencias para minimizar el impacto del COVID-19 en la educación en el presente año 2020. Para ello, la decisión del Estado fue que las actividades escolares presenciales se cerraran el 23 de marzo por parte del Ministerio de Educación Superior, sin que tal decisión administrativa llevase a la detención del curso y del proceso de enseñanza, garantizado con iniciativas como las teleclases y el uso de herramientas en línea en la web 2.0 para la formación académica.

Esto permite afirmar que la revisión bibliográfica realizada demuestra a los articulistas que, en la educación superior, la labor realizada ante las medidas adoptadas por el Estado y, en particular, por el Ministerio de Educación Superior (MES) ha contemplado la emisión de indicaciones metodológicas, la preparación de materiales digitales y de libros de texto y el estímulo a la preparación individual de profesores y de estudiantes en respuesta a lo señalado por la UNESCO y por el PNUMA. Ello permitió que los profesores continuaran las labores a través del teletrabajo y del trabajo a distancia, y que, de esta manera, interactuaran con los estudiantes a través de las redes sociales y las plataformas universitarias digitales, ante las indicaciones del Ministerio de Salud Pública y del Ministerio de Trabajo para enfrentar la pandemia del COVID-19 **(36)**.

En este análisis, de conformidad con el estudio del derecho ambiental español, por ser referente idiomático y normativo en la academia nacional, los articulistas aprecian el legado del académico Martín Mateo en su obra de 1993, titulada *El humano: una especie en peligro*. Este advertía sobre los posibles efectos catastróficos de una pandemia basada en el virus de la gripe. En esta obra jurídica, el profesor se preguntó qué sucedería si sucesivas mutaciones de este virus, o la aparición de nuevos —tomando como ejemplo el virus de la gripe—, transmitido por inhalación a través del sistema respiratorio y sin conocimiento de terapias adecuadas, dieran lugar a la producción de estragos similares o superiores sobre la salud humana, concluyendo que una epidemia de estas características arrasaría con nuestros congéneres. Este elemento es pertinente al momento de socializar ideas sobre lo acontecido en tiempos de COVID-19 en la universidad cubana en el siglo XXI **(37)**.

En este sentido, también desde el año 1991, el académico de referencia estudiado, en sus análisis sobre el megaprincipio —desarrollo sostenible— consideraba: el sector privado (incluidas las grandes empresas y las pequeñas)

(33) Ley 81, Ley de Medio Ambiente. G. O. E. No.7 de fecha 11/07/1997.

(34) Consúltese, FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRÁ, Á., "Ley No. 81 de 1997, del Medio Ambiente. En más de 150 preguntas y respuestas", Editorial Ministerio de Justicia, La Habana, 1999; SOLER DEL SOL, A., "El Derecho al alcance de todos, Ley No.81 Ley del Medio Ambiente", Editorial ONBC, La Habana, 2013; REY SANTOS, O. et al., "La Ley de medio ambiente: 20 años después", Editorial UNIJURIS, La Habana, 2017.

(35) AA. VV., "Derecho Ambiental cubano", Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

(36) HORRUITINER P., "La Universidad Cubana: El modelo de formación", Editorial Universitaria, La Habana, 2009, p. 225.

(37) MARTÍN MATEO, R., "El hombre: una especie en peligro", Editorial Campomanes S. L. España, 1993.

tiene el deber de contribuir a la evolución de comunidades y sociedades equitativas y sostenibles (Principio 24), y las empresas del sector privado deben cumplir la obligación de rendir cuentas, en un entorno reglamentario, transparente y estable (Principio 26) **(38)**.

Permite a los articulistas retomar, en el estudio, los aportes de Leff, quien considera que la formación ambiental "...implica un proceso más orgánico y reflexivo de reorganización del saber y de la sociedad en la construcción de nuevas capacidades para comprender e intervenir en la transformación del mundo, cobrando así un doble sentido, al ser un proceso de creación de nuevos valores y conocimientos vinculado a la transformación de la realidad para orientar una formación ambiental, entendida como una estructura socioeconómica que internalice las condiciones ecológicas del desarrollo sustentable y los valores que orientan la racionalidad ambiental. En ello, el concepto de formación ambiental articula las formaciones ideológicas y conceptuales, con los procesos de producción y adquisición de conocimientos y saberes, en un proyecto histórico de transformación social..." **(39)**.

Analizadas las valoraciones sobre la formación jurídica ambiental, las condiciones y decisiones deben ser integrales, ajustadas a diferentes niveles; es lo que se espera en la empresa pública cubana en el sector agropecuario, a partir de ponderarse los principios de soberanía y seguridad alimentaria en el texto constitucional de 2019.

En consecuencia, el reto de la academia cubana en la formación jurídica ambiental se centra en los objetivos del Milenio para el 2030, a partir de la integración de contenidos en el período pos-COVID-19 en la carrera de Derecho desde la dimensión ambiental, en atención a lo señalado por la UNESCO, el PNUMA y el MES, ello:

- Permitió profundizar en torno a que la reactivación económica mundial deberá ser respetuosa con las políticas ambientales para lograr alcanzar el desarrollo sostenible desde los Objetivos del Milenio para el 2030; este debe ser un elemento a partir de la integración de contenidos a ponderar con los estudiantes en la academia nacional.

- Contribuyó a seguir trabajando en profundizar en los efectos adversos al ambiente, que no deben partir de la simplificación de trámites para disminuir el nivel de protección ambiental, procediendo a un retroceso del derecho existente, trae como consecuencia contaminación y degradación ambiental, llevándonos a la crisis y emergencia climática y ambiental que hoy se manifiesta en el período pos-COVID-19. La educación ambiental es un objetivo inaplazable.

- Permitió profundizar en las temáticas relacionadas con el Plan de Estado contra el cambio climático Tarea Vida, promovido por el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, en pos de mitigar los impactos negativos al ambiente con el uso de las TIC **(40)**.

- Coadyuvó a debatir contenidos vinculados con la responsabilidad, como ha sido su tratamiento en relación con el control público por la autoridad ambiental y la sanitaria en su exigencia, en atención a los cuerpos jurídicos vinculados al ordenamiento jurídico ambiental ante el enfrentamiento al COVID-19 por los servidores públicos en la actuación de la inspección sanitaria y la ambiental por parte del Ministerio de Salud Pública y del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente.

- Contribuyó a proseguir las investigaciones de temas ambientales por su transdisciplinariedad, que permitan perfeccionar el ordenamiento jurídico cubano en la materia ambiental; en ello juega un rol preponderante la academia. Para incidir en que el concepto de desarrollo debe ser reformulado para encajarlo en los límites que marca el planeta y que nunca deberían haber sido sobrepasados. La economía circular

(38) MARTÍN MATEO, R., "Tratado de Derecho Ambiental", Editorial Trivium, España, 1991.

(39) LEFF ZIMERMAN, E., "La formación ambiental en la perspectiva de la Cumbre de la Tierra y de Agendas 21. Educación Ambiental y Universidad", Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental, 2002, ps. 75-92.

(40) Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente (2017). Plan de Estado contra el cambio climático. La Habana.

es la puerta de entrada a ese nuevo modelo de desarrollo basado en el respeto a dichos límites. La actividad empresarial se abre a un nuevo entorno económico, un nuevo ecosistema donde todas las formas de negocio deben basarse en el respeto al ambiente.

- Permitió resaltar la labor realizada por los Estados y, en particular, la formación de valores, en particular, la labor realizada por los médicos y por el personal paramédico en la atención sanitaria a los enfermos del COVID-19 por el Ministerio de Salud Pública.

- Explotar más las herramientas tecnológicas que aportan las TIC a través de las redes sociales, la plataforma Moodle, los blogs, entre otras, que permitan irradiar contenidos ambientales en menor tiempo y a mayores espacios, hoy potenciadas con el uso de la telefonía celular con el fomento de la 4G.

- Se utilizó, en las redes sociales, la plataforma Face, donde se ubicaron contenidos, materiales bibliográficos y guías de estudios de la carrera en formato pdf.

- Se conformaron grupos de estudios a través de la plataforma WhatsApp, donde se intercambiaban conocimientos y dudas entre los estudiantes y el profesor.

- La creación de mapas conceptuales que permitieron analizar el origen, el desarrollo y la evolución del derecho ambiental dentro de las ciencias sociales, desde la sociología ambiental con el uso de las TIC.

- Los profesores, en este orden de análisis, prepararon una guía de estudio y un material complementario en atención a los objetivos del derecho ambiental en la nación cubana; esto les permitió a los estudiantes seguir su preparación en pos de poder resolver los exámenes.

Al respecto, estos objetivos planteados a la academia mientras duró el período de confinamiento en las casas, impuesto por el COVID-19 en la Universidad de Granma en la carrera de Derecho, permitieron al profesor dentro del colectivo del año académico realizar, a partir de la integración de contenidos en el 4° año del plan de estudios D **(41)**, resolver con la pertinencia de las materias Derecho Mercantil, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Sanitario y Derecho Ambiental, para conformar un examen integrador con estos contenidos a evaluarse con el uso de las TIC.

También, el estudiante pudo optar por realizar un examen de suficiencia de la materia ambiental y, tras finalizar la modalidad del examen que escogiera, rendir el examen de premio, consistente en la redacción de un artículo científico para publicarlo en revistas estudiantiles o con el acompañamiento del profesor en otras revistas científicas. Sirvan, entonces, estas experiencias dentro del período de confinamiento de la COVID-19, para socializar las estrategias tomadas en la Universidad de Granma, y, en particular, en la carrera de Derecho.

V. Conclusiones

La incorporación de las tecnologías de la informática y de las comunicaciones en el proceso docente educativo es un fenómeno social heterogéneo. Queda demostrado que provoca cambios en el acceso al conocimiento, lo que repercute en el quehacer humano en su cultura. El hecho de no tener acceso a estas dificulta la igualdad de oportunidades y genera una importante brecha cultural, económica y social, en contradicción con el derecho de acceso a la información como un derecho humano de tercera generación, en especial la protección ambiental.

Las tecnologías de la informática y de las comunicaciones son herramientas que irradian las actividades formativas en la educación ambiental, favoreciendo con ello la formación jurídica ambiental en atención a los nuevos escenarios educativos mediados por aquellas para potenciar competencias cognitivas, procedimentales y actitudinales ante los avances tecnológicos. Ello genera valores agregados al profesional ante los saberes ambientales a partir de la integración de contenidos desde su modo de actuación.

(41) En estos momentos, en la carrera de Derecho está en proceso de conclusión el Plan de Estudio D especialidad de Derecho (2008) MES. La Habana, Cuba. Este se sustituye por el Plan de Estudio E especialidad de Derecho (2017) MES. La Habana, Cuba.

Los recursos tecnológicos de las tecnologías de la informática y de las comunicaciones que pueden ser utilizados en la formación jurídica ambiental en los escenarios educativos son el video educativo, la multimedia, los blogs, las wikis, las bibliotecas virtuales, internet. En la web 2.0, hay aplicaciones que pueden contribuir a la irradiación de la educación ambiental con el uso de plataformas como Facebook, Twitter, Linkedin, YouTube; estas herramientas abren canales interesantes en relación con la cuestión ambiental en el período del COVID-19.

La conceptualización de educación ambiental y de educación jurídica ambiental se ha ido perfeccionando y complejizando a medida que se hace más evidente un futuro en el que es posible la extinción de la humanidad, y, en consecuencia, con ello se ha llegado a un plano transdisciplinar y multidisciplinar donde se devela que deben contribuir a garantizar el desarrollo humano sostenible.

La cuestión ambiental plantea a la universidad en el siglo XXI la necesidad de ubicarse en las transformaciones sociales hacia el desarrollo equitativo, democrático y sustentable. Tener un egresado formado en temas ambientales como una de sus competencias profesionales que hoy se exigen en el mercado laboral del siglo XXI. Pero falta la integración de los contenidos ambientales, que, en la práctica, es un elemento decisivo para el ejercicio posterior como profesional del derecho con competencias.

Queda demostrado que el papel de la educación ambiental en este entramado sirve de instrumento de toma de conciencia del fenómeno del subdesarrollo y de sus implicaciones ambientales como profesional competente con el uso de las tecnologías de la informática y de las comunicaciones en la sociedad del conocimiento y de la información, hoy incrementado con los efectos adversos que ha dejado al planeta la pandemia del COVID-19.

GÉNERO Y AMBIENTE

La perspectiva de género y la cuestión ambiental: dos temáticas transversales y sistémicas

Daniela B. Velazquez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Mujeres, género y ambiente.— III. Mujeres en desarrollo y géneros en desarrollo.— IV. Ecofeminismo.— V. Conclusión.— VI. Bibliografía.

I. Introducción

Pensar el derecho en términos de sustentabilidad ambiental nos abre la puerta a una nueva manera de traducir los fenómenos sociales hacia el interior de la ciencia jurídica. A sabiendas de que los seres humanos hemos explotado la naturaleza de una manera desmedida por siglos, dando como resultado la actual crisis ambiental planetaria, hoy nos encontramos ante la necesidad de rever nuestras costumbres de producción y consumo, y, por sobre todo, de repensar en qué términos nos seguiremos vinculando con el planeta y habitando en él.

Dentro del paradigma del desarrollo sustentable, es condición fundamental contemplar el justo equilibrio entre el campo social, económico y ambiental. No se puede avanzar en un ámbito sin tener en cuenta los impactos que este producirá en las otras dos esferas; es así como toda actividad económica debe ser equilibrada en la utilización de los recursos naturales en razón de sus posibles consecuencias en el medioambiente. Los beneficios que resulten del ejercicio de dicha actividad, a su vez, deben ser distribuidos de manera equitativa.

En lo que interesa a este trabajo, me propongo reflexionar sobre cuáles serían los posibles aportes que se pueden importar hacia el campo jurídico en materia de sustentabilidad, con base en el análisis de los diferentes enfoques que tienen como objeto el estudio del vínculo entre las mujeres y el medioambiente.

I.1. Conceptos previos

A los fines de adentrarnos en el análisis propuesto, es menester establecer una serie de conceptos previos para optimizar el desarrollo del trabajo. Es por ello que, a continuación, brevemente, se especificarán algunos términos.

I.2. Derecho al desarrollo sustentable

Está integrado por tres elementos fundamentales: el ambiental, el económico y el social, requiriendo la existencia de un perfecto equilibrio entre esos tres elementos constitutivos, sin que ninguno de ellos adquiera mayor relevancia que los demás, lo que permite un verdadero desarrollo integral del ser humano —desarrollo económico, social, cultural y político—, puesto que el hombre es el centro de las preocupaciones (Martínez y López Alfonsín, 2008).

I.3. Género

El género constituye la categoría explicativa de la construcción social y simbólica histórico-

(*) Abogada por la Universidad Abierta Interamericana. Especialista en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires. Diplomada en Derecho Procesal por la Universidad Notarial Argentina. Estudios de posgrado en materia de Derechos Humanos, Género, Derechos de la Naturaleza y Relaciones Internacionales. Publicaciones sobre derecho ambiental, derechos humanos y derechos de la naturaleza. Directora del Instituto de Derecho Ambiental del Departamento Judicial de Mercedes (BA) y pasante del programa de Derechos Humanos en la Interamerican Association for Environmental Defense (AIDA).

cultural de los hombres y las mujeres sobre la base de la diferencia sexual (Fernández García, 2006)

I.4. El enfoque del género como construcción simbólica y como construcción social

El primer enfoque sostiene que las diferencias biológicas encuentran significado solo dentro de un sistema cultural específico, por lo cual debe conocerse cuáles son las ideologías de géneros y los valores simbólicos asociados a lo femenino y a lo masculino en cada sociedad.

El segundo está relacionado con la teoría marxista, destacando el papel de lo económico, y sostiene que, más que los símbolos, lo importante es considerar qué es lo que hacen las mujeres y los hombres, y dicho hacer se relaciona con la división sexual del trabajo. Expone el cuestionamiento de una subordinación universal de las mujeres por su ahistoricidad **(1)** y no consideración de los efectos de la colonización y el surgimiento del capitalismo. Esta corriente de pensamiento parte de una revisión de la obra de Engels y argumenta que el origen de la subordinación de las mujeres, el matrimonio monogámico y el desarrollo de la familia se hallan en relación directa con el surgimiento de la propiedad privada. Plantea, además, la complementariedad de los sexos, y uno de sus principales aportes reside en el descubrimiento de la contribución económica femenina en todas las sociedades, el valor del acceso a los recursos, las condiciones de trabajo y la distribución de los productos de este (Fernández García, 2006).

I.5. Equidad de género

Busca eliminar todas las barreras que impiden la igualdad de oportunidades económicas, políticas y de acceso a la educación, a los recursos y a los servicios básicos. Esta equidad no significa, simplistamente, que en todas las actividades haya el mismo número de mujeres y hombres, o de niñas y niños, ni tampoco que se deba tratar a unos y a otras en forma exactamente igual; se refiere más bien a la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades, con reconocimiento de las necesidades, prioridades, limitaciones y aspiraciones específicas de cada cual (INMUJERES Y SEMARNAT, 2003).

II. Mujeres, género y ambiente

Las mujeres y niñas de las comunidades más pobres y marginadas del mundo son las que menos han contribuido a esta situación de emergencia climática, pero son las más perjudicadas por sus efectos catastróficos. El acceso de las mujeres a la tierra, que ya de por sí es restringido, se ve aún más obstaculizado por la degradación ambiental y el acaparamiento de tierras. La escasez de alimentos y de agua, la contaminación del aire y los cada vez más severos desastres naturales relacionados con el clima —como sequías, inundaciones o incendios forestales— afectan desproporcionadamente la salud de las mujeres y sus derechos (ONU Mujeres, 2020).

Los desastres derivados del cambio climático pueden producir un incremento de la violencia contra las mujeres y niñas. Los desplazamientos y la migración masiva pueden dar lugar a condiciones de vida inseguras, aumentar la pobreza y el aislamiento y exponer a las mujeres y niñas a la violencia y al abuso (ONU Mujeres, 2020).

La relación entre las mujeres y el ambiente no es un tema nuevo; se viene analizando esta situación ya desde hace varias décadas. Sucintamente, su origen data de los años 70, desde el norte, como una recriminación por parte de los movimientos ecologistas y pacifistas a los movimientos feministas, ya que se consideraba a las mujeres como las primeras vulnerables frente a la degradación ambiental que arrojaban las políticas de desarrollo, y, desde el sur, se ponía en relieve la mala situación de las mujeres en el sector agrícola y forestal.

Con base en ello, se da origen a tres enfoques que comparten un común denominador: la crítica al "desarrollo", analizando los cambios que este provoca en el medioambiente y cómo estos repercuten en las mujeres y en las relaciones de género. Si bien estos enfoques se presentan como teorías independientes, con distintas orientaciones conceptuales, dinámicas propias y metodologías diferentes, lo cierto es que se han ido influyendo mutuamente. Estos tres enfoques son: mujeres en desarrollo, géneros en desarrollo y ecofeminismo.

(1) RAE: adj. Que está al margen de la historia o del fluir del tiempo. https://dle.rae.es/ahist%C3%B3rico.

III. Mujeres en desarrollo y géneros en desarrollo

Desde antaño que el aspecto económico ha ido solapando otros aspectos importantes del desarrollo, generando así una invisibilización en cuanto a recursos humanos y a sistemas culturales, sociales y naturales. Las políticas y las actividades extractivitas occidentales no han hecho más que desangrar el planeta e hipotecar las necesidades de las generaciones futuras.

En un principio, el desarrollo se presentaba como sinónimo de crecimiento económico, se sustentaba en el libre funcionamiento del mercado, se creía que el crecimiento demográfico contribuiría a la obtención de mano de obra abundante y la lógica aseguraba que, por efecto de derrame, la filtración de los beneficios del mercado generaría un bienestar general.

Lamentablemente para el planeta y para los países más pobres, esto no sucedió, sino que en la década del 70 con la crisis del petróleo los países comenzaron a tomar deuda externa, se iniciaron las políticas de ajuste estructural dando paso al inicio de una fuerte crisis internacional, llevando a los países empobrecidos del Sur a una explosión demográfica que, como consecuencia del fracaso de los mecanismos de filtración de mercado, arrojó a millones de personas a la pobreza. A esta etapa se la denomina "la primera década del desarrollo" **(2)**.

En esta primera década surge el primer enfoque que analiza el rol de las mujeres en el desarrollo. Este enfoque es conocido con las siglas MED (mujeres en desarrollo). Reconoce a las mujeres como administradoras cotidianas de los recursos naturales, se ocupa de sus necesidades como individuo y como grupo. No obstante, este enfoque se limita a efectuar un análisis microsocial. Recoge la problemática de la vulnerabilidad de las mujeres frente a los cambios ambientales, entendiendo que son ellas las primeras intermediarias entre naturaleza y sociedad (idea tomada del ecofeminismo), y centra su enfoque en las especiales características de las mujeres como cuidadoras del ambiente; a la vez, las considera un "recurso valioso y abandonado". Incluye en los programas de desarrollo un "componente mujer".

Al tomar a las mujeres como un "grupo objetivo", se pretende contribuir al incremento de la renta, poniendo en valor las economías de subsistencia que las mujeres llevaban a cabo e incluyéndolas en el mercado formal. Estos trabajos estaban relacionados con los sectores agrícolas, domésticos y artesanales. Como consecuencia de este nuevo papel productivo de la mujer, se produce una sobrecarga de labores, llegando a generar una triple jornada laboral por la asignación de las labores productivas y reproductivas **(3)**.

Este enfoque de "mujeres en desarrollo" es criticado por no tener en cuenta que la economía capitalista se caracteriza por ser una actividad desigual, jerárquica y patriarcal. Por ello no beneficia a todos por igual (hombres y mujeres); es así que se trasladó la subordinación de la mujer en el hogar al mercado laboral (Rodríguez Alemán, 2000). También se le critica el hecho de ignorar el contexto en el que se encontraban las mujeres destinatarias de los programas de desarrollo. Fundamentalmente, la omisión del análisis de las relaciones de género que diferencian a varones de mujeres en los procesos de producción.

En cuanto al vínculo de este enfoque con la cuestión ambiental, podemos advertir cómo esta interpretación del vínculo mujeres y medioambiente se imprime en diferentes documentos internacionales.

El tema del ambiente se incorpora oficialmente a la discusión sobre las mujeres en

(2) Ampliar en RODRÍGUEZ ALEMÁN, Rosalía, "El papel de la mujer en los modelos de desarrollo", *Anuario de filosofía, psicología y sociología,* ISSN 1139-8132, Nº 3, 2000, ps. 223-235.

(3) El trabajo reproductivo y de cuidado se desarrolla casi exclusivamente en el ámbito doméstico, en el que, hasta hace poco, y aún no en todos los casos, se carecía de remuneración económica, uno de los principales pilares para la independencia y la autonomía. Eso por no hablar del prestigio, que se sitúa exclusivamente en el ámbito público, cuyas decisiones, por cierto, rigen el ámbito privado. El mundo remunerado ha estado dominado por el hombre; las tareas desempeñadas por las mujeres, al no formar parte del mercado contribuyendo al PIB, se consideran meramente reproductivas. (Vigil, 2011).

la Década de las Mujeres **(4)**, considerando sus mutuas relaciones en las estrategias de Nairobi **(5)** en 1985.

Dos años más tarde, con el informe de la Comisión Brundtland **(6)**, se mencionan los roles cruciales de las mujeres en los temas de población y de seguridad alimentaria, pero no se presentan conclusiones respecto a la relación género-medioambiente, ni tampoco se plantean recomendaciones específicas. Este documento responde a la lógica de la teoría de MED y plantea la diagramación de programas ambientales especiales con el "componente mujer". Entiende que la mujer, en cierto grado, es responsable de la degradación ambiental por sus condiciones de vulnerabilidad, y que hay que trabajar en políticas del desarrollo para poder equilibrar esa tensión social.

En los años 80 se da paso a lo que Rodríguez Alemán llama la segunda década del desarrollo; con el informe Brundtland, *Nuestro futuro común*, se fortalece el cuestionamiento frente al desarrollo exclusivo en términos económicos, se establece la necesidad de pensar en un desarrollo a largo plazo y se incorporan a la escena los derechos humanos. Nace el concepto de "desarrollo sustentable".

Para esta nueva noción de desarrollo, el reconocimiento a la participación de las mujeres, así como su promoción y fortalecimiento, se torna fundamental para el éxito de las políticas de sustentabilidad.

Es aquí donde surge, por parte de movimiento de mujeres y feminismos, la crítica al modelo MED, dando lugar a un nuevo modelo interpretativo del vínculo entre las mujeres y el medioambiente, el enfoque GED (géneros en desarrollo). Este enfoque ha sido adoptado ampliamente por las organizaciones internacionales y por las agencias de cooperación, a diferencia del enfoque MED, que había sido resistido.

Se hace referencia ya no solo al componente mujer, sino a las construcciones culturales sobre las diferencias biológicas de los sexos, que son variables en el espacio y en el tiempo (Rodríguez Alemán, 2000).

Como señala Montoya, en este sentido es necesario desarrollar estudios de las ciencias sociales que permitan entender los patrones sociales y culturales mediante los cuales los seres humanos se apropian, usan y manejan los recursos naturales. Bajo una perspectiva de género que nos permita reconocer y revalorar no solo los patrones de producción, sino también los patrones de reproducción social asociados a la problemática ambiental de su entorno.

Por lo suyo, el enfoque GED cuestiona el desarrollo, estableciendo el debate en la idea de que no hay solo un modelo; cada sociedad debe buscar un ideal de desarrollo apropiado a sus necesidades e intereses, teniendo en cuenta que este es un concepto plural y dinámico.

En resumidas cuentas, podemos decir que se considera la relación simbólica en las relaciones entre hombres y mujeres, entre lo femenino y lo masculino, lo cual es importante a los fines de comprender el significado que estas divisiones generan culturalmente, ya sea en comportamientos que se legitiman o en identidades que se construyen.

Desde aquí ya no se piensa a la mujer como un subproducto devaluado, sino que la incorporación de las mujeres desde la planificación

(4) La Asamblea General de Naciones Unidas declaró 1975 como el Año Internacional de la Mujer y organizó la primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, que tuvo lugar en Ciudad de México. A instancias de esta conferencia, se declaró posteriormente el Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer (1976-1985) y se creó el Fondo de Contribuciones Voluntarias para el Decenio. Las Naciones Unidas han organizado cuatro conferencias mundiales sobre la mujer, que se celebraron en Ciudad de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995).

(5) Específicamente cuatro párrafos del documento están dedicados al tema del ambiente (224 a 227).

(6) En 1987 Naciones Unidas publicó el informe *Nuestro futuro común*, conocido también por el nombre de "Informe Brundtland". Este informe establece un antes y un después en el concepto de desarrollo. Surge el concepto de "desarrollo sustentable", en el que la dimensión ambiental se incorpora junto a las dimensiones económica y social. El desarrollo sostenible se define como aquel desarrollo que satisface las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de satisfacción de las necesidades de las futuras generaciones.

del desarrollo se produce a los fines de propiciar un cambio en la organización social, lo que trae aparejado transformar las relaciones de poder, cuestionando y replanteando roles.

Para el GED, la construcción del género opera como uno de los agentes intermediarios de las relaciones entre mujeres y varones con el medioambiente. Reconoce a las mujeres como consumidoras, usuarias y conocedoras de los recursos naturales, valorándolas como un sujeto de experiencia y de creatividad en el trabajo comunitario, y reconociéndolas como propositoras de mecanismos que conducen a la sustentabilidad (Rodríguez Alemán, 2000).

La presencia de este enfoque se encuentra tanto en la declaración como en la plataforma de acción, resultantes de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres: Acción para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz, celebrada en Beijing en 1995.

La conferencia da como resultado dos documentos —la declaración y la plataforma de acción **(7)**—, en los cuales se incorporan los conceptos de transversalidad y empoderamiento. Se trata, por tanto, de integrar la perspectiva de género en todas las políticas, programas y proyectos, así como de ampliar espacios, facilitando el acceso de cada vez más mujeres a las estructuras de poder, en disposición de la plena ciudadanía y con capacidad de decisión en los grandes temas que definen el modelo social y las estrategias de desarrollo (Martínez, 2019).

La relación de la mujer con el medioambiente se incorpora exclusivamente en el punto K de la plataforma, "La mujer y el medioambiente", mediante el cual se reconoce que, para poder alcanzar un desarrollo sustentable, es fundamental conceder una atención y un reconocimiento especial a las mujeres, como sujetos vulnerables frente a los cambios ambientales y como sujetos de administración de los recursos, entendiendo que el camino a seguir para la construcción de políticas basadas en la equidad de género es el empoderamiento de las mujeres y la transversalidad de la perspectiva de género.

Actualmente, la máxima expresión del enfoque GED se materializa en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada en septiembre de 2015. Esta actual agenda aborda una amplia variedad de desafíos mundiales: pretende erradicar la pobreza, reducir múltiples desigualdades cruzadas, hacer frente al cambio climático, poner fin a los conflictos y mantener la paz.

En un reciente informe de ONU Mujeres, en donde se analiza la igualdad de género en el marco de la aplicación de la Agenda 2030, se destaca que, gracias a los incesantes esfuerzos de las entidades defensoras de los derechos de las mujeres de todos los rincones del mundo, el compromiso de la Agenda 2030 con la igualdad de género es notable, integral y transversal, pues está basado en los compromisos y normas recogidas en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). La Agenda 2030 establece que el desarrollo solo será sostenible si sus beneficios favorecen por igual a mujeres y a hombres; y que los derechos de las mujeres solo se harán realidad si forman parte de esfuerzos más amplios para proteger el planeta y para garantizar que todas las personas puedan vivir con respeto y dignidad (ONU Mujeres, 2018).

Los Gobiernos, el sector privado y la sociedad civil deben adoptar medidas transformadoras para mitigar las consecuencias más perjudiciales de la crisis climática y ambiental. Las estrategias contaminantes y no sostenibles del pasado deben sustituirse por nuevos modelos de crecimiento económico que antepongan el bienestar ecológico y social. Las mujeres y niñas deben ser parte esencial de la solución. Ellas han estado en las primeras líneas de acción contra el cambio climático y de los movimientos ambientales durante décadas, y su participación en los esfuerzos de conservación y gestión de los recursos naturales contribuye a alcanzar mejores resultados (ONU Mujeres, 2020).

IV. Ecofeminismo

Catalogado como una nueva epistemología nacida de luchas y movimientos de mujeres, se caracteriza por ser un enfoque alternativo, crítico del desarrollo, y por contener enunciados

(7) https://tinyurl.com/y3n6vl6u. Consultado 15/11/2020.

emancipadores del pensamiento hegemónico (Herrero, 2017).

Como punto de partida, esta corriente pretende ver más allá de la mujer históricamente asociada a la naturaleza por su capacidad de gestar y dar vida.

La matriz del pensamiento ecofeminista sostiene varias premisas; entre ellas, se pueden destacar la valoración de la finitud de los elementos de la naturaleza, la ecodependencia entre los sistemas ecológicos y las sociedades humanas, y la interdependencia entre los seres humanos, con especial referencia a los cuidados de la integridad física en el inicio y fin de la vida, los cuales están asociados y naturalizados como propios de las mujeres (tareas reproductivas).

Vandana Shiva, pensadora destacada ecofeminista, considera que el mundo patriarcal toma al hombre como la medida de todo valor y no admite la diversidad, sino solo la jerarquía. Trata a la mujer como desigual e inferior porque es diferente. No considera intrínsecamente valiosa la diversidad de la naturaleza en sí misma, sino que solo su explotación comercial en busca de un beneficio económico le confiere valor. El criterio del valor comercial reduce así la diversidad a la categoría de un problema, de una deficiencia (Shiva, 1998). En suma, esta deficiencia en relación con la diversidad está relacionada con la invisibilización tanto de la situación de explotación de las mujeres como de la naturaleza.

La teoría ecofeminista contiene diversas corrientes; a modo de resumen, tomaremos las dos más representativas. Por un lado, nos encontramos con el ecofeminismo esencialista, que aboga por el respeto a la naturaleza y sus ciclos de vida, resaltando la capacidad innata que tienen las mujeres para comprender estos ciclos, en razón de sus rasgos biológicos propios (gestar, capacidad de dar vida, menstruar, lactancia). Esta corriente entiende que la mujer posee una psiquis especial natural para vincularse y para comprender de mejor manera las necesidades de la naturaleza.

En el otro extremo, nos encontramos con la corriente del ecofeminismo constructivista. Aquí ya no se habla de la biología de la mujer, sino que se articula la visión del vínculo entre las opresiones de las mujeres y las de la naturaleza, tomándolas como "opresiones gemelas" ; se entiende al género como una construcción social. En esta crítica, que se desarrolló con base en las opresiones análogas, se debate en cuanto al lugar histórico asignado a la mujer, y se entiende que ese lugar las hace ocupar espacios de proximidad en la relación con la degradación ecológica y con la contaminación.

Los feminismos ecologistas desarrollan un nuevo proyecto ético, social, cultural y político frente a la crisis de valores patriarcales, consumistas e individualistas impulsados por las sociedades occidentales (Herrero, 2017).

En este sentido, todos los ecofeminismos proponen un cambio hacia las relaciones igualitarias entre hombres y mujeres, reivindican los saberes plurales, cuestionan la división dualista de los distinto aspectos de la vida, la cual creen que está regida por binomios (mente/cuerpo, naturaleza/cultura, hombre/animal, mujer/hombre, etc.).

Más allá de la visión naturalista que asocia el feminismo y el ecologismo, la ecología política indaga los fundamentos de las luchas ecofeministas dentro de una política de la diferencia, pues no se trata simplemente de un movimiento a favor de la participación de las mujeres en los asuntos y reivindicaciones ambientalistas o en la promoción de los derechos ciudadanos y de género dentro de las perspectivas abiertas por el desarrollo sustentable. El enigma por descifrar y la política por construir reclaman la comprensión de la forma particular de ser mujer, y de la perspectiva política que abre una "visión" feminista y de género en la cuestión del poder, la cultura, la organización social, la naturaleza y el desarrollo sustentable, y que va más allá del lugar de la mujer en una estructura social dada, y de las reivindicaciones de igualdad con los lugares privilegiados de los hombres en un orden establecido determinado (Leff, 2016).

V. Conclusión

Como hemos dicho en un principio, las modalidades de desarrollo adoptadas por centurias se han centrado en un aspecto en especial, el económico; esto ha dado como resultado una

innegable crisis ambiental, la cual le exige a la humanidad repensar los términos en los cuales continuará habitando el planeta y cómo va a proteger, manejar y conservar los recursos naturales para la satisfacción de las necesidades presentes y futuras.

Siendo el objetivo de este trabajo poder poner en diálogo las diferentes áreas de estudio (género y derecho ambiental) para poder importar elementos en materia de sustentabilidad, concluimos del siguiente modo.

El debate en torno a las cuestiones de género y al medioambiente ya se ha iniciado hace varios años. Este debate, podemos decir, ya tiene un largo camino recorrido; en torno a él se han formulado varios enfoques que han desarrollado toda una metodología de análisis propio.

Tal como se señala en el reporte anual de ONU Mujeres 2019-2020, desde siempre, las mujeres han sido fundamentales para salvaguardar la diversidad de especies vegetales y animales. Ya sea como "administradoras", como "agentes" o como "salvadoras", es innegable que las mujeres siempre han sido una esperanza para el planeta, pero el desafío radica en hacer que dejen de ser una "esperanza" latente y que pasen a ser una "realidad" inminente. Esto implica que las políticas y las normativas de derecho en materia de sustentabilidad se deben escribir en clave de género, incorporando al saber principios propios del ámbito femenino.

Gracias a la lucha de movimientos de mujeres, que comenzó exigiendo que el componente mujer forme parte de las políticas de desarrollo, hoy tenemos una agenda mundial que trasversalmente está orientada por la perspectiva de género, teniendo como uno de sus fines más importantes el empoderamiento de las mujeres. El desarrollo sustentable no es solo económico, sino también ambiental y social. Para su correcta implementación, tanto hombres como mujeres deben estar en pie de igualdad, y esto solo es posible por medio de políticas y leyes que promuevan la igualdad de oportunidades económicas, políticas y de acceso a la educación, a los recursos y a los servicios básicos tanto para hombres como para mujeres, en términos de equidad de género.

Como señalan Martínez y Rosenfeld, la respuesta jurídica a la cuestión ambiental se ve substancialmente determinada por las conclusiones emanadas de otros ámbitos científicos, dada la naturaleza interdisciplinaria y globalizadora de la temática, pero no puede percibirse como secundaria, por cuanto aborda cuestiones primordiales sobre la orientación de una política conectada con las ideas básicas de justicia y equidad. La cuestión ambiental atraviesa todas las disciplinas y categorías jurídicas y requiere un esfuerzo de síntesis y unidad, que, más allá de las especializaciones, impregne todo el espectro del derecho (Martínez y Rosenfeld, 2005).

Podemos decir, entonces, que tanto la perspectiva de género como la cuestión ambiental son dos temáticas trasversales y sistémicas, las cuales se retroalimentan en materia de principios mutuamente. No se puede pensar en un desarrollo sustentable sin incorporar la variable de género, y, a su vez, esta variable se replicará en el resto del ordenamiento jurídico, en razón del paradigma ambiental **(8)**.

Desde el campo del derecho, atendemos a la consolidación de un nuevo paradigma interpretativo de la cuestión ambiental. Nos referimos a él como el "Estado de derecho ecológico" o el "derecho ambiental ecologizado" **(9)**, el cual pretende ser la respuesta a los problemas ambientales, sociales y económicos propios de la era geológica del Antropoceno, dándole un nuevo enfoque a la relación hombre-naturaleza, donde la eficiencia económica y la justicia social solo son posibles si se actúa dentro de los límites que impone la sostenibilidad y resiliencia de los sistemas ecológicos locales, regionales y planetarios (Peña Chacón, 2019).

(8) Lorenzetti nos habla acerca del paradigma ambiental; refiere que denominamos paradigmas a los modelos decisorios que tienen un *status anterior a la regla y* que condicionan las decisiones. En el derecho, tiene gran importancia porque quien se basa en paradigmas da preminencia al contexto por sobre la norma. La existencia de un paradigma ambiental, que actúa como un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio, que se vincula con la interacción sistémica y con los enfoques holísticos (LORENZETTI, Ricardo, 2006-2018).

(9) Véase más sobre este tema en "Justicia ecológica del siglo XXI".

Este nuevo enfoque, a nuestro entender, debe de ser potenciado por la sinergia proveniente de todo un patrimonio cultural legado por las mujeres, que ha sido hasta el momento menospreciado y subvalorado. Pensar en términos de justicia y de Estado de derecho ecológico no puede dejar de lado la necesaria implementación de la perspectiva de género, ya que ambas ideas trabajan sobre los mismos objetivos, la reivindicación de lo que, desde el ecofeminismo, podría tomarse como opresiones gemelas, tanto de la naturaleza como de las mujeres.

Desde el constitucionalismo latinoamericano, podemos advertir corrientes emancipadoras de la naturaleza. Por lo suyo, Bolivia (2009) y Ecuador (2008) han reconocido a la naturaleza o a la Pacha Mama como sujetos de derecho en sus Constituciones, atribuyéndoles derechos propios por su valor intrínseco, abriendo la puerta a todo un debate al interior de la ciencia jurídica y reinterpretando institutos y categorías jurídicas clásicas, como ser la de "sujeto de derecho", generando toda una revolución jurídica.

Estas nuevas corrientes constitucionales se emparentan con las posturas provenientes del ecofeminismo, que proponen la necesidad de observar propuestas que surgen de "otros saberes", saberes plurales, para poder así construir "alternativas al desarrollo" que avancen hacia sociedades más igualitarias que hagan las paces con el planeta.

En este sentido, una nueva ética planetaria se está gestando a la luz de movimientos emancipadores del pensamiento hegemónico. Producción y consumo ya no son sinónimos de desarrollo, y la naturaleza es un sujeto de derecho. Los movimientos sociales van tomando mayor protagonismo en la escena internacional y de seguro las agendas se seguirán marcando al ritmo del ecologismo y del feminismo, cada vez con mayor influencia.

VI. Bibliografía

BENERÍA, Lourdes, "Trabajo productivo/reproductivo, pobreza y políticas de conciliación", *Nómadas (Col)*, Universidad Central Bogotá, Colombia, núm. 24, abril, 2006, ps. 8-21.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Yuliuva, "Acerca del género como categoría analítica", *Nómadas Revista, Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas Nº 13*, Universidad de Oriente Santiago de Cuba, 2006.

HERRERO, Amaranta, "Ecofeminismos: Apuntes sobre la dominación gemela de mujeres y naturaleza. Ecología política", ISSN 1130-6378, Nº 54, 2017, ps. 18-25.

INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES (INMUJERES). SECRETARÍA DE MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES (SEMARNAT). "Equidad de género y medio ambiente". Coordinación de la edición: Jacqueline Fortson Mayagoitia, junio de 2003. México, DF.

LEFF, Enrique, "Ecofeminismo: el género del ambiente", *Polis, 9*, 2004, publicado el 22 octubre 2012, consultado el 01 octubre 2016. URL: http://polis.revues.org/7248.

LORENZETTI, Ricardo - LORENZETTI, Pablo, "Derecho Ambiental", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, 1ª ed., ISBN 978-987-30-1328-7.

LORENZETTI, Ricardo Luis, "Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ª ed., 2ª reimpresión, ISBN 978-950-727-721-4.

MARTÍNEZ, Adriana N., "Capítulo VII ambiente y género: recorridos confluyentes hacia la transversalidad en el desarrollo sostenible", en IVANEGA, Miriam M. (dir.), *Igualdad y Género,* La Ley, 2019.

MARTÍNEZ, Adriana N., en colaboración con ROSENFELD, Adriana, "Las cuestiones de género en los instrumentos jurídicos internacionales de protección ambiental", *Revista La Aljaba, segunda época. Revista de Estudios de la Mujer*, UNLu UNLP, Universidad del Comahue, Volumen IX, 2004-2005, ISSN NI 0328-6169. p. 139-160.

MARTÍNEZ, Adriana N., en colaboración con LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, "El ambiente desde los paradigmas de la sustentabilidad y el desarrollo humano", en MARTÍNEZ, Adriana N. - IGLESIAS, Alicia N. (comp.), *Desarrollo Territorial Sostenible. Instrumentos Participativos para la Acción*. Programa Desarrollo Local

Sostenible, Departamento de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Luján-Maestría en Intervención Ambiental, Facultad de Ingeniería, Universidad Nacional del Comahue, EDUCO, UNCOMA, 2008, ISBN 978-987-604-083-9.

MIES, María - SHIVA, Vandana, "Ecofeminismo: Teoría, crítica y perspectivas", traducción del inglés de Mireia Bofill, Eduardo Iriarte y Marta Pérez Sánchez, Editorial Icaria, colección Antrazyt, Barcelona, 1997, ISBN 84-7426-344-1.

MIES, María - SHIVA, Vandana, "La praxis del ecofeminismo biotecnología, consumo y reproducción", Icaria Editorial, España, 1998, ISBN: 84-7426-391-3.

NACIONES UNIDAS. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing Declaración política y documentos resultados de Beijing+5. 1995. Reimpreso por ONU Mujeres en 2014. ISBN: 978-1-936291-94-6. Disponible online: https://tinyurl.com/y3n6vl6u.

ONU MUJERES, "El mundo para las mujeres y las niñas", Informe Anual 2019-2020, disponible *online*: https://tinyurl.com/yysrv55n Consultado 13/11/2020.

ONU MUJERES, "Hacer las promesas realidad. La igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible", 2018. Disponible *online*: https://tinyurl.com/y2wggezm.

PEÑA CHACÓN, Mario, "Ética planetaria y justicia ecológica", *Diario Ambiental Nro 254*, 29/08/19. Disponible *online*: https://tinyurl.com/y5pkpjec.

PEÑA CHACÓN, Mario, "Justicia ecológica del siglo XXI", RDAmb 57, 115.

RICO, María Nieves, "Serie Mujer y Desarrollo. Género, Medio Ambiente y Sustentabilidad del Desarrollo", Naciones Unidas, octubre de 1998, Santiago de Chile.

RODRÍGUEZ ALEMÁN, Rosalía, "El papel de la mujer en los modelos de desarrollo", *Anuario de filosofía, psicología y sociología,* ISSN 1139-8132, Nº 3, 2000, ps. 223-235.

TARDÓN VIGIL, María, "Ecofeminismo. Una reivindicación de la mujer y la naturaleza. El futuro del pasado", *Revista Electrónica de Historia*, ISSN-e 1989-9289, Nº. 2, 2011 (Ejemplar dedicado a: Razón, Utopía y Sociedad), ps. 533-542.

SHIVA, Vandana, "Manifiesto para una democracia de la tierra: justicia, sostenibilidad y paz", Paidós Ibérica, Barcelona, 2006, ISBN: 84-493-1946-3.

ECONOMÍA Y MEDIO AMBIENTE

Desarrollo sustentable desde la economía ambiental

Carla R. Casalongue (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Concepto de desarrollo sustentable como objetivo de la economía ambiental.— III. Política económica ambiental.— IV. Costos ambientales como instrumento de política fiscal.— V. Internalización y externalización de costos ambientales.— VI. Tributos ambientales como herramienta para el desarrollo sustentable.— VII. Responsabilidad social empresaria.— VIII. Producción y consumo sustentable como concientización.— IX. Conclusión.

I. Introducción

"En el momento en que confluyen naturaleza y capital no cabe dudas de que, en el corto plazo, impone sus reglas el capital y a largo plazo la naturaleza" **(1)**.

Esta concreta interrelación entre el ambiente y la economía justifica la idea de desarrollo sustentable.

El hombre y el medioambiente son coincidentemente amenazados por los efectos del sistema económico en cuanto a los subsistemas de producción y consumo. Esto es lo que ha demostrado a las naciones y sus Gobiernos que deben luchar por medidas concretas para la protección del ambiente.

A partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, celebrada en Estocolmo en el año 1972, se incrementó la conciencia mundial acerca de las responsabilidades gubernamentales y de los deberes personales y sociales sobre la preservación y progreso de la calidad ambiental para las generaciones presentes y futuras. Así, declaró el derecho humano a un ambiente adecuado para vivir en dignidad y bienestar, y el consecuente deber de protegerlo y de mejorarlo.

La necesidad de generar desarrollo económico para satisfacer las necesidades del hombre, que cada vez van creciendo más y más, genera preocupación y alarma por los efectos nocivos que las actividades antrópicas provocan sobre la naturaleza. En la búsqueda de soluciones para el deterioro ambiental, y con la idea de promover el desarrollo sustentable, la política tributaria adquiere un rol importante como política de Estado.

La relación entre fiscalidad y ambiente tiene un impacto directo sobre las cuestiones económicas y sociales. Las actividades humanas son el origen de los impactos ambientales y sociales, donde entran en juego los aspectos económicos de la mitigación y la adaptación ambiental-social, ante los cambios ya ocurridos, los que ocurren actualmente y los que les ocurrirán a las generaciones futuras.

El mundo atraviesa procesos de deterioro ambiental y social, como degradación de suelos, desmontes, pérdida de biodiversidad, adelgazamiento de la capa de ozono, pobreza, conflictos urbanísticos, aparición de enfermedades, falta de educación e información en sectores más vulnerables, entre otros.

(*) Abogada (UBA). Especialista en Derecho Ambiental. Directora del Instituto de Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable del Colegio de Abogados de Zárate Campana.

(1) "El Seguro ambiental", dirigido por Augusto PAZ, Ed. Lexis Nexis, Argentina, 2006, 1ª ed., p. 86.

Estos problemas ambientales repercuten en la economía y en la sociedad, provocando, por ejemplo, merma en la productividad o aparición de epidemias e incremento de asentamientos en áreas inadecuadas.

Enfrentar la crisis ambiental buscando promover el desarrollo sustentable implica costos. Dichos costos responden a la prevención, la preservación y la remediación, sin dejar de contemplar las externalidades en cada una de las actividades que generen impacto ambiental negativo. Es en este punto donde lo económico juega en pareja con lo social, ya que las acciones del Estado, del sector productivo y de la comunidad en general deben actuar en forma conjunta, interrelacionada y con un mismo objetivo, asumiendo cada parte sus responsabilidades.

El Estado debe mantener una fiscalidad fuerte que contemple innovaciones tributarias ambientales que garanticen o beneficien la preservación ambiental, donde los responsables de la generación de una externalidad modifiquen su comportamiento o respondan por los efectos adversos que sus acciones provoquen a la sociedad y al ambiente.

La sociedad, los sectores de producción y los Gobiernos deben internalizar la idea de "prevenir" antes que "reparar", de modo tal que logren comprender que los costos ambientales son una inversión y un acceso a beneficios, los cuales deben ser contabilizados en las cuentas nacionales. El ambiente debe ser un activo en crecimiento.

Quien genera un beneficio ambiental no siempre suele recibir individualmente ese beneficio, sino que lo recibirá como integrante de una comunidad beneficiada; entonces, no logra percibir el incentivo económico de su inversión para mejorar el ambiente. Esta dificultad es la que debemos atravesar mediante incentivos, subsidios, aportes, cargas públicas o contribuciones, como así también desde el punto de vista social, brindando información y educación para la producción y el consumo, ya que la sustentabilidad del consumo es una prolongación del desarrollo sustentable.

La fiscalidad ambiental sirve para generar un cambio de actitud de los agentes económicos y particulares.

La presente tesina expresa la problemática económica y social respecto del cuidado y preservación del ambiente, exponiendo algunos mecanismos económicos para lograr ese objetivo de sostenibilidad, que al día de la fecha sigue siendo una cuenta pendiente, pese a los objetivos para alcanzar un desarrollo sustentable contemplados en la Agenda 2030 del año 2015, reforzado por la Cumbre de Líderes del G20, celebrada en Buenos Aires en diciembre de 2018, donde se acordó trabajar para un sistema tributario justo, sostenible y moderno, como así también para la toma de políticas fiscales que propicien el crecimiento.

II. Concepto de desarrollo sustentable como objetivo de la economía ambiental

El concepto de desarrollo sostenible es un modelo de desarrollo económico que permite satisfacer las necesidades actuales, sin poner en peligro la satisfacción de las necesidades venideras. El mercado, desde el punto de vista de la teoría económica, enfrenta a productores y a consumidores de esta generación, no teniendo en cuenta las necesidades de las generaciones futuras **(2)**.

La interdependencia entre desarrollo y medioambiente no puede ser ignorada ni desconocida. El crecimiento económico no es incompatible con el cuidado del medioambiente, y solo un tratamiento coordinado y equilibrado de ambos permitirá mejorar la calidad de vida. La protección ambiental es parte esencial de ese desarrollo; ambos deben complementarse con el fin de balancear las necesidades de los individuos y de la naturaleza **(3)**.

En este sentido, la tributación ambiental no busca detener el crecimiento ni el desarrollo; solo prohíbe las actividades que amenacen la existencia del ecosistema. La fórmula innovado-

(2) FERRÉ OLIVE, Edgardo H., "Tributos Ambientales y desarrollo sustentable", 2ª ed., p. 16.

(3) KENT, Patricia, "La gestión ambiental en la empresa. Un nuevo concepto en gerenciamiento", Ed. Osmar Buyatti, junio 1999, p. 31.

ra es llegar a un desarrollo sostenible, en el que el programa cumpla con las funciones de ser ambientalmente sano, económicamente viable y socialmente justo y responsable.

De esta manera, se garantiza la satisfacción de las necesidades, sin comprometer los recursos que serán necesarios para las generaciones futuras. La incorporación de la tributación ambiental debe ir en consonancia y juntamente con las políticas públicas y con la aplicación de beneficios tributarios para la adquisición o renovación de maquinaria o instalaciones que produzcan tecnologías limpias y que, por tanto, impliquen proteger el medioambiente.

La economía ambiental, o economía ecológica, estudia el diseño e implementación de políticas económicas tendientes a equilibrar los impactos ambientales, con los objetivos sociales y las necesidades de los ecosistemas.

El problema ambiental, los usos alternativos y la capacidad limitada del medioambiente para proveer de recursos al hombre, además de los efectos laterales (contaminación), constituyen una crítica y al mismo tiempo un desafío a la ciencia económica **(4)**.

Desde la década del 20, el economista Arthur Pigou propuso la implantación de un sistema de impuestos o subvenciones para corregir las distorsiones introducidas en la asignación de los recursos por quienes utilizaran bienes de propiedad común (p. ej., aire, agua, suelo), sin pagar el consumo o la contaminación.

Esta concepción económica es receptada en la década del 70 por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), donde se concibió el desarrollo a largo plazo, con base en la preservación de los recursos renovables y no renovables, contemplando sus posibilidades de sostenimiento según la producción y rentabilidad. Posiciona al hombre desde otra perspectiva frente a la naturaleza, planteando sistemas de producción y explotación de recursos que contemplen los ciclos ecológicos y la realidad de los ecosistemas que los sostienen.

La protección del medioambiente y la promoción del desarrollo económico son desafíos separables. Ni el desarrollo puede subsistir a expensas de recursos ambientales que se deterioran, ni el medioambiente puede ser protegido cuando los programas de crecimiento ignoran sistemáticamente los costos de la destrucción ambiental.

Recientemente, se ha empezado a reconocer de forma efectiva (no solo en el campo de las grandes declaraciones) el valor jurídico del principio de desarrollo sostenible. Incluso se ha llegado a decir que con el desarrollo sostenible adquieren la condición de sujetos de derechos las generaciones futuras **(5)**.

El bien jurídico protegido no es nuestra salud actual, ni siquiera nuestra salud futura, sino la de nuestros hijos; lo más importante e innovador, la de quienes todavía no han nacido. Sea como fuere, lo cierto es que el principio de desarrollo sostenible hoy se ha convertido en un verdadero principio general del derecho, aplicable e invocable. Las Administraciones pueden decidir las medidas que consideren adecuadas para garantizar y promover el desarrollo sostenible, ya que, "la administración, en virtud de los mandatos constitucionales, no puede elegir entre las opciones de forma arbitraria, sino que debe hacerlo optimizando el interés público protegido, que en este caso son el ambiente y la calidad de vida" **(6)**.

III. Política económica ambiental

En el ordenamiento jurídico argentino, el derecho ambiental recién tuvo su ingreso a partir de la década de los años 80 a través de las nuevas Constituciones de los Estados provinciales, para recién ser incorporado en la Constitución Nacional con la reforma de 1994. En la República Argentina, la defensa del medioambiente tie-

(4) CAFFERATTA, Néstor A., "Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho ambiental". Tomo I. Cap. I, Ed. La Ley, 2012, 1ª ed., p. 132.

(5) TORNOS MAS, Joaquín, "Prólogo", en Sáenz Pérez, David C., *La administración local y la protección de la atmósfera. La intervención a través de instrumentos de control preventivo,* Ed. CEDECS, Barcelona, 1999, p. 5, citado en p. 80: HUTCHINSON, Tomás — FALBO, Aníbal J., *Derecho administrativo ambiental en la provincia de Buenos Aires,* Librería Editora Platense, 2011, 1ª ed.

(6) DÍAZ ARAUJO, Mercedes, "La regulación ambiental: nuevas formas de intervención preventiva, represiva, compensatoria y estimuladora", JA 2002-III-939.

ne consagración constitucional a partir de 1994, cuando se incluye, dentro de los denominados "nuevos derechos", el tema del medioambiente.

Tan es así que el art. 41 de la nueva Constitución Nacional expresa: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrolla 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".

Los aspectos que han sido consagrados en la norma son: a) derecho a tener un ambiente con las características señaladas, b) deber de preservarlo (dejar de dañarlo), c) obligación de reparar el daño causado, d) obligación para las autoridades nacionales, provinciales y municipales de proteger el ambiente, e) distribución de competencias.

El Estado debe proveer a la protección del medioambiente, organizar la justicia ambiental, y, además, se obliga a:

- la utilización racional de los recursos naturales,

- la preservación del patrimonio natural y cultural,

- la preservación de la diversidad biológica,

- la información ambiental,

- la educación ambiental.

Es decir que, a partir de esta norma, surge un *derecho* de todos los habitantes que deberá el Estado garantizar, pero también aparecen un *deber* por parte de los habitantes, el de preservar el medioambiente, y una *obligación* por parte de la Administración de tomar todas las medidas necesarias para protegerlo y tendientes a obtener reparación por los daños patrimoniales antijurídicos que puedan sufrir por la acción o inacción administrativa.

De lo expuesto se infiere que, a efectos de garantizar un ambiente sano, el Estado deberá sancionar una legislación ambiental. Esta deberá ser guiada por una clara política en materia de medioambiente, que defina qué ambiente queremos y cómo compatibilizar el desarrollo que permita la satisfacción de necesidades de los individuos mediante la utilización de recursos limitados, como son los recursos naturales.

Este orden público legitima todas las medidas de control, regulación, vigilancia y prohibición de tales actividades nocivas. Se trata del "poder de policía ambiental", como parte integrante de las facultades administrativas inherentes al Estado.

La expresión "autoridades" del art. 41 de la CN, comprende los tres poderes del Estado, inclusive los de los ámbitos provinciales y municipales **(7)**.

La intersección del poder tributario propio del Estado (y el correlativo deber de todos contribuir al gasto público) y su obligación de proteger el medioambiente puede reformularse como la obligación de todos los miembros de la sociedad de contribuir al gasto en que incurre el Estado en la gestión y protección ambiental, con base en los mismos parámetros de legalidad, generalidad y capacidad económica, que tiene como correlato el derecho al disfrute y la explotación ordenada de los recursos naturales.

Fue en el ámbito de los presupuestos mínimos de protección ambiental en el que se dictó la ley 25.675 de 2002, en la cual se consagró el régimen económico de promoción del desarrollo sustentable como uno de los instrumentos de la política y la gestión ambiental del país.

Evidentemente, las medidas tributarias ambientales forman parte de dicha tipología de instrumentos. En virtud de lo expuesto, podemos afirmar que hoy en día la Constitución Nacional expresamente contempla, por un lado, el deber de contribuir al sostenimiento del Estado y su correlativa potestad tributaria para establecer tributos, como un basamento clave del sistema tributario argentino, y, por el otro, un mandato tanto para los habitantes como para las autori-

(7) Cita 5, p. 109. HUTCHINSON, Tomás — FALBO, Aníbal J., "Derecho administrativo ambiental en la provincia de Buenos Aires", Librería Editora Platense, 2011, 1ª ed.

dades, de proteger el medioambiente, como un precepto esencial para el nuevo paradigma ambiental de nuestro país. Asimismo, dentro del marco legal que regula los presupuestos ambientales mínimos, se prevé la posibilidad de recurrir a las medidas tributarias como un instrumento de política y gestión ambiental **(8)**.

En el escenario actual de la política ambiental, luego de la vertiginosa evolución que esta ha recorrido en el último cuarto de siglo, existen dos grandes tendencias en cuanto a la aplicación de las decisiones referidas a las políticas públicas que tutelan los recursos naturales y la protección del ambiente. La primera de ellas, con sus raíces en la tradición jurídica tanto del sistema anglosajón como del sistema continental-romanista, se basa en la utilización de normas jurídicas, ya sean estas restrictivas o coercitivas de la actividad humana, en aras de la protección ambiental y del interés público. En sentido amplio, es lo que ha venido a denominarse el enfoque de "mando y control", traduciendo así la frase inglesa *command and control approach*.

Se pueden distinguir varias etapas en la formulación de normas ambientales en Argentina, que pueden sintetizarse en:

a) *Regulación estática de los recursos naturales:* hacia fines del siglo diecinueve, se comenzó a regular en forma independiente los distintos recursos naturales, tanto a nivel nacional como provincial. Por ejemplo, en 1886 se sanciona el Código de Minería de la Nación. Varias leyes nacionales anteriores a la década del 70 se ocupan de regular otros recursos naturales.

b) *Tratamiento dinámico del ambiente:* aprobación de tratados ambientales internacionales. Esta segunda etapa comienza a delinearse después de 1972, a partir de aquella primera reunión internacional convocada por la Asamblea de Naciones Unidas y de la Declaración de Estocolmo. Desde 1982, con el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, realizado en Nairobi, Kenya, Argentina comenzó con más fuerza a adoptar el tema ambiental, para consagrarlo en esa década en normas provinciales. Argentina participó en 1992 en la Conferencia de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro, hito importante en la historia del derecho internacional ambiental, incrementando el proceso de inserción de la dinámica ambiental en su derecho positivo, y adoptando varios acuerdos internacionales en la materia.

c) *Reforma de la Constitución Nacional*: la consagración del principio a nivel nacional concluyó en 1994, con la reforma de la Constitución Nacional. En un todo de acuerdo con los principios reconocidos por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano de Estocolmo en 1972, y por la Cumbre de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro en 1992.

d) *Elaboración de normas de presupuestos mínimos*: a partir de los lineamientos establecidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales ratificados sobre la protección del medioambiente, la Argentina elaboró las leyes nacionales que regulan diversos aspectos relacionados con la protección del medioambiente, expidiéndose formalmente acerca de las características y el contenido de las normas denominadas de presupuesto mínimo de protección ambiental, entre las que cabe destacar las siguientes:

1. Ley 25.675 denominada Ley General del Ambiente, que establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. La política ambiental argentina está sujeta al cumplimiento de los principios expresados en la ley.

2. Ley 25.612, que regula la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio, que sean generados en todo el territorio nacional y que sean derivados de procesos industriales o de actividades de servicios.

3. Ley 25.670, que sistematiza la Gestión y Eliminación de los PCB en todo el territorio de la nación, en los términos del art. 41 de la Constitución Nacional. Prohíbe la instalación de equi-

(8) ROTH, Agustín [et al.], "Aspectos constitucionales controvertidos de la tributación ambiental", coordinación general de Paloma García Córdoba; Patricia Alderete; dirigido por Rodolfo Salassa Boix; editado por Rodolfo Salassa Boix; prólogo de Janet Milne, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2017, 1ª ed.

pos que contengan PCB y la importación y el ingreso al territorio nacional de PCB o de equipos que contengan PCB.

4. Ley 25.688, que establece el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, consagra los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional. Para las cuencas interjurisdiccionales se crean los comités de cuencas hídricas.

5. Ley 25.831 sobre Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, que garantiza el derecho de acceso a la información ambiental que se encontrara en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también de entes autárquicos y de empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas.

6. Ley 25.916, que regula la Gestión de Residuos Domiciliarios.

7. Ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos.

La segunda gran tendencia en materia de política ambiental surge como respuesta a las insuficiencias del sistema regulatorio clásico, además del cuestionamiento conceptual realizado hacia el intervencionismo estatal en la actividad económica. Esta corriente propugna la utilización de instrumentos económicos para el logro de fines ambientales. Plantea, por lo tanto, aplicar las reglas del mercado o del funcionamiento de las fuerzas y presiones económicas a los efectos de la implementación de las políticas públicas, como lo son las prohibiciones, las autorizaciones o las sanciones.

Es sabido que las políticas ambientales se sirven de muy variados instrumentos para lograr los objetivos generales y sectoriales de preservación del medio: instrumentos reguladores, de control, sancionadores, tributarios, etc. Sin embargo, la manifiesta gravedad de los problemas ambientales detectados ha constatado la ineficacia en la selección de los instrumentos tradicionales.

Es por esta razón por lo que se ha dado un giro estratégico radical, traducido en una evolución desde políticas de reglamentación hacia políticas desreguladoras o de reglamentación mínima, acompañadas, eso sí, de instrumentos económicos, entre los que figuran los fiscales.

En tal sentido, podemos hacer referencia a un nuevo paradigma jurídico, el del *derecho del desarrollo sustentable* con un enfoque superador, con vistas a la sustentabilidad integral, más que a la mera protección sectorial.

La CEPAL entiende como instrumento económico "todos aquellos que inciden en los costos y beneficios imputables a cursos de acción alternativos por los que pueden optar los agentes, como por ejemplo hacer variar el precio relativo de un producto, y, en consecuencia, las decisiones de los productores y consumidores".

Entre las medidas de carácter económico antes citadas, podemos agregar las subvenciones, las ventajas fiscales y los tributos propiamente dichos, que se relacionan con la obligación de pago hacia el Estado que tiene implicaciones importantes en el medioambiente. En general, la aplicación de estos instrumentos económico-fiscales pretende la internalización de los costos ambientales con base en la aplicación de los mecanismos otorgados por la técnica jurídico-tributaria y financiera. Desde ya que, en cualquier caso, la utilización de estos mecanismos con fines que excedan lo fiscal exige garantizar los principios constitucionales de justicia, equidad y solidaridad.

El objetivo principal de la imposición ambiental no es, por tanto, recaudar, sino cambiar o regular conductas.

IV. Costos ambientales como instrumento de política fiscal

Guillermo Cano enseñaba: "La carga del costo, tanto de la prevención como de la corrección del deterioro, si bien en primer término es un tema de índole económica y financiera —y también política, en tanto obliga a adoptar prioridades— debe ser instrumentado por la legislación e integra por ello, el derecho ambiental". Eduardo Pigretti, por su parte, afirma que "la contaminación del ambiente es ante todo un problema económico". Aquí se plantea una cuestión importante: ese costo irreductible en cualquier

estilo de desarrollo alguien lo tiene que pagar. Hay, pues, un problema político fundamental que es el de la distribución de los costos y beneficios del desarrollo en términos ambientales. ¿Quién paga el costo ambiental? Las propias empresas productoras o los consumidores que lo generan, el Estado, algunas de entre las clases sociales, generalmente las más pobres, o las generaciones futuras.

Considero de clara equidad y justicia aplicar el concepto de "externalidad", para analizar la procedencia y, en su caso, la envergadura de la reparación pecuniaria por este daño. "Externalidad" es la transferencia a otras personas o a la sociedad de los costos que no se han realizado para evitar perjuicios ambientales de un determinado establecimiento.

La externalidad es el costo de una actividad productiva, que no es tomado en cuenta por el sujeto que efectúa decisiones económicas, desde que este no se hace cargo de ellas, puesto que las transfiere a otras personas o a la sociedad como un todo. Las externalidades pueden afectar bienes públicos, bienes comunes o bienes privados **(9)**.

Los agentes económicos, al tomar decisiones, consideran sus costos privados y beneficios, pero no el costo social de la contaminación que su actividad produce; por lo tanto, su percepción de los costos está por debajo de los reales, lo que provoca una sobreproducción y un consumo superior al óptimo. El resultado es una pérdida de eficiencia, llamada externalidad.

Las empresas que deciden ser socialmente responsables deberían ser incentivadas mediante beneficios fiscales. Cuando una empresa es socialmente responsable, está realizando, en un principio, una función eminentemente pública. Esta actuación supone un ahorro de gasto público. En la medida que esas empresas cumplan objetivos de interés general, los poderes públicos se ven descargados en sus funciones, necesitando menos recursos públicos para atender las demandas de los ciudadanos en dichos ámbitos.

Por ello, si las empresas socialmente responsables contribuyen con sus actuaciones y políticas a que exista un menor gasto público, es lógico que, a la hora de pagar sus impuestos, contribuyan en menor medida que las empresas que no manifiestan ningún compromiso social. Esta compensación puede ser realizada estableciendo incentivos fiscales **(10)**.

Si se demanda que la empresa sea socialmente responsable, existe un ahorro del gasto público que los poderes tienen gracias a su actuación, y ello justifica la aplicación de dichos incentivos del Estado. Estos incentivos pueden ser directos o indirectos, dependiendo de si se concesionan ciertas subvenciones o de si se crean beneficios fiscales **(11)**.

El beneficiario de los incentivos fiscales es una empresa o entidad (fundación, asociación, cooperativa) que realiza una actividad empresarial y que satisface un interés general **(12)**.

Esta función, en principio, corresponde a los poderes públicos, existiendo críticas de la actuación privada que reemplaza la actividad pública **(13)**.

Aquí se concilia el interés general con los intereses particulares, siendo estos intereses complementarios al bienestar social. La aplicación de estos incentivos fiscales puede ser fomentados, pero con cautela, para que no se incentiven actuaciones más próximas al *marketing* que a la

(9) CAFFERATTA, Néstor A., "Introducción al derecho ambiental. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT)", Instituto Nacional de Ecología (INE), Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), ISBN: 968-817-682-6, impreso y hecho en México, 1ª ed., diciembre de 2004.

(10) AFIP - Boletín Impositivo 200, marzo 2014, p. 398 por FERRÉ OLIVE, Edgardo H., "Tributos, responsabilidad social y administraciones tributarias".

(11) AFIP - Boletín Impositivo 200, marzo 2014, p. 398 por FERRÉ OLIVE, Edgardo H., "Tributos, responsabilidad social y administraciones tributarias".

(12) AFIP - Boletín Impositivo 200, marzo 2014, p. 398 por FERRÉ OLIVE, Edgardo H., "Tributos, responsabilidad social y administraciones tributarias".

(13) AFIP - Bol. 200, marzo 2014, p. 398 por FERRÉ OLIVE, Edgardo H., "Tributos, Responsabilidad social y administraciones tributarias".

concientización de la responsabilidad de la empresa en el bienestar social **(14)**.

El problema es cómo valorar estas externalidades y cómo cobrarlas.

Con respecto a su valoración, una posibilidad es aplicar el principio "quien contamina paga". En el caso de la empresa contaminante, el valor económico de las externalidades medioambientales que produce una fábrica que contamina una ciudad sería el coste económico de devolver esa ciudad contaminada de nuevo a su estado original, o quizás a una situación de mínima contaminación, límites que se deben aplicar adoptando una decisión política.

Dicho coste implica establecer un sistema de pago de canon mensual equivalente a la valoración de la externalidad, que el Gobierno invertirá en el saneamiento de la ciudad. Algunas veces, estos costos no pueden calcularse y otras veces se debe considerar que, ante actividades contaminantes, nos podríamos encontrar con una necesidad de cambiar el modelo industrial de un país, lo que implica la existencia de costos de descontaminación incalculables.

Al valorar la externalidad, su cobro se puede realizar por una multa, un canon o una ecotasa, pero, si su coste es intolerable para la sociedad, se procederá al cierre de la actividad. Desde el otro punto de vista, si nos encontramos con una externalidad positiva (por ejemplo, la instalación de energía renovable, que ahorra combustible fósil o no renovable), la sociedad puede pagar dicha externalidad mediante una ayuda o subvención.

El uso de instrumentos económicos por parte del Estado en materia ambiental debe tender a la utilización racional de los recursos naturales. Una gestión eficiente de los recursos ambientales se basa en la internalización de los costos de prevención, control y daños que derivan de la contaminación.

Esta internalización puede efectuarse de dos formas:

1. Los mecanismos administrativos implican la identificación de causas y la aplicación de sanciones que pueden llegar a la clausura. Se lo critica, pues con estos mecanismos se disminuye o se elimina la actividad económica, pudiendo solucionarse el tema de la contaminación, pero no con una solución racional.

2. Los mecanismos financieros constituyen las "licencias transferibles".

3. Los instrumentos fiscales son los que ha adoptado la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) con el principio "el que contamina paga".

Los instrumentos económicos se basan en el mercado y constituyen herramientas políticas que afectan el comportamiento de los agentes económicos para satisfacer los objetivos de política ambiental o para modificar ciertos comportamientos mediante avisos en el mercado, en vez de realizarlo a través de normas sobre el control del nivel o la forma de la contaminación. La teoría indica que, si se ponen en funcionamiento de manera adecuada, los instrumentos económicos permiten alcanzar cualquier nivel de control de la contaminación al menor costo global para la sociedad.

Con relación a la externalidad, esta se puede internalizar, formando parte del proceso que origina. Si es negativa, se incluirá en los costos que debe asumir quien la genere, y, si es positiva, se incluirá en los importes a percibir por el beneficiario.

Al analizar la contaminación ambiental desde el punto de vista económico, existen divergencias entre los costos sociales y privados, que se denominan economías o deseconomías externas (externalidades), que han sido introducidas por Pigou (1946). Por ello, los costos en que se incurre deben ser afrontados y contabilizados por las empresas productoras, considerando los costos totales y la existencia de externalidades positivas y negativas, tratando de que la asignación de recursos sea la óptima y de que los costos privados sean iguales a los costos sociales

(14) GARCÍA CALVENTE, Yolanda, "El derecho financiero y tributario ante la Responsabilidad Social de la Empresa", en *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el derecho,* Ed. Marcial Pons, España, 2009, p. 37. AFIP - Bol. 200, marzo 2014, p. 399 por FERRÉ OLIVE, Edgardo H., "Tributos, responsabilidad social y administraciones tributarias".

(los que soporta la comunidad). Al no producirse esta situación, debe intervenir el Estado **(15)**.

V. Internalización y externalización de costos ambientales

El deterioro del medioambiente provocado por decisiones de producción y consumo se da principalmente porque el mercado no siempre cumple de manera eficiente con su función de asignador de recursos desde el punto de vista social y económico.

La industria que produce daño ambiental porque ha ahorrado y "transferido" o "externalizado" los costos hacia el entorno (recursos, personas y sociedad), y que ahorra u opta por la desinversión por no implantar medidas de cese de contaminación provocando un daño ambiental genera una "externalización" que afecta al ambiente como bien, a la vez propio y común, de cada vecino afectado. El daño ambiental ya probado debe ser reparado obligando a la industria a "internalizar" los costos de este por perjudicar el desarrollo humano, la calidad de vida y el bienestar general de la comunidad, e impidiéndole gozar de un ambiente sano y equilibrado.

En esa línea, se puede citar a J. Stiglitz, que propone la siguiente definición: "Siempre que una persona o una empresa emprende una acción que produce un efecto en otra persona u otra empresa por el que esta última no paga ni es pagada, decimos que hay una externalidad".

Continuando con el autor Morel **(16)**, el concepto de "externalidades" consiste en "una situación en la cual la decisión de un agente económico produce efectos en otros agentes económicos, siempre que esa decisión no genere un precio de mercado como compensación".

Las externalidades constituyen un concepto de suma importancia en la economía ambiental. Las externalidades pueden ser positivas o negativas. Las primeras implican que esa decisión aumenta el bienestar de los otros agentes, por ejemplo, si el dueño de un comercio habilita un sistema de iluminación que beneficie a otros comercios cercanos. Las segundas o negativas reducen ese bienestar; por ejemplo, las papeleras arrojan residuos a los ríos, contaminándolos, produciendo efectos en otros agentes que no tienen el beneficio de consumir agua limpia.

Toda actividad tiene un costo que, cuando lo soportan terceros, es una externalidad negativa. El legislador debe decidir si ese costo lo asume la comunidad entera, o bien si lo internaliza la empresa **(17)**.

En esta tarea, se deben encontrar las formas adecuadas de organización y los sistemas de gestión ambiental, que finalmente no representen para la empresa un gasto improductivo, sino, por el contrario, la posibilidad de disminuir costos y riesgos, como, asimismo, una oportunidad para nuevos emprendimientos, y el aseguramiento de mercados. Todo confluye en que se cumpla el mandato intergeneracional constitucional: que las actividades productivas satisfagan las necesidades del presente, sin comprometer las del futuro **(18)**.

Las externalidades surgieron de la teoría de los defectos del mercado y la intervención del Estado en la economía, desarrollada por John Stuart Mill, y, más adelante, en la obra *Economía del bienestar*, de Pigou (1946), se desarrolló el concepto de los efectos externos del mercado y se los definió como: "... situación en la que, por funcionar mal el mercado, los costos sociales son mayores que los costos del productor, o los beneficios sociales son menores que los beneficios del productor".

El economista británico premio nobel de economía en 1991 (Coase, 1960) desarrolló *El problema del costo social,* posición crítica a la desarrollada por Pigou, sosteniendo en su análisis que las medidas correctivas al mercado pueden producir más daño cuando no se ana-

(15) FERRÉ OLIVÉ, Edgardo, "Fiscalidad y medio ambiente", *Cuadernos del Instituto de AFIP C4*, 2009, p. 60.

(16) MOREL, Ricardo, "Tributación Ambiental. Herramientas de Protección del Ambiente", Ed. Astrea, 2010, p. 56.

(17) LORENZETTI, Ricardo L., "Reglas de solución de conflictos entre propiedad y ambiente", LA LEY, 1998-A, 1024.

(18) CAFFERATTA, Néstor A., "Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental", Ed. La Ley, 2012, 1ª ed., t. I, cap. VII. Industria y Medio Ambiente.

lizan objetivamente la totalidad de los efectos que están involucrados en ellos y que tienen que ver con la esfera de la vida: "los problemas de la economía del bienestar deben finalmente convertirse en un estudio de estética y moral". La idea es utilizar el mecanismo de precios —con su capacidad de brindar información y de influir sobre los incentivos—, para corregir las distorsiones que deterioran el medio ambiente y que impiden un uso racional del capital natural. Siguiendo el principio de "quien contamina paga", se buscaba que los precios incorporaran el costo social de las externalidades negativas, y el instrumento que se propuso para lograrlo fue el de los impuestos "pigouvianos" (Pigou, 1920).

Según ese enfoque inspirado en Pigou y los desarrollos posteriores sobre teoría del bienestar de raíces utilitaristas, la actividad que genera efectos sobre el medioambiente debe pagar un impuesto equivalente a la externalidad que produce sobre el entorno.

Para mensurar el tributo impositivo ambiental óptimo, se requiere ubicar la suficiente información, para así determinar correctamente los costos externos marginales de la contaminación ambiental y los costos marginales para reducirla.

Los instrumentos económicos con fines ambientales nacen en la ciencia económica para internalizar las externalidades negativas de tipo ambiental.

Para corregir estas distorsiones, se proponen instrumentos económicos que internalicen la externalidad negativa, para que, así, los precios y el mercado reflejen el costo económico ambiental, para que recaiga en el agente contaminador la obligación de asumir el costo ambiental.

Al valorar la externalidad, su cobro se puede realizar por una multa, un canon o una ecotasa, pero, si su costo es intolerable para la sociedad, se procederá al cierre de la actividad. En cambio, si la externalidad es positiva, la sociedad puede afrontarla mediante una ayuda o subvención.

Se puede recurrir a esquemas de tasas y contribuciones (Somanathan y Sterner, 2003; Milne, 2014), entre los que se destacan los cargos por uso de agua, por uso de recursos naturales (flora y fauna) y por afluentes contaminantes (Acquatella, 2005). Las reformas fiscales ambientales también pueden beneficiarse con mecanismos de mercado que permitan atacar la externalidad mediante la organización de un mercado de permisos transferibles. Una tercera alternativa es recurrir a la modificación de los derechos de propiedad y a la negociación, como ha propuesto Coase (1960). Ese curso de acción, más allá de las virtudes prácticas que puede tener bajo ciertas circunstancias, tiene la ventaja de que impone la necesidad de concebir esas reformas en un mundo con costos de transacción que están lejos de ser nulos.

Un último tipo de instrumento es la regulación directa (mecanismos administrativos de "comando y control") **(19)**.

VI. Tributos ambientales como herramienta para el desarrollo sustentable

La tributación es una herramienta útil que tiene en cuenta el concepto de desarrollo sostenible, fundado en sus principios de igualdad, equidad, proporcionalidad, no confiscatoriedad y neutralidad, alcanzando a toda la sociedad presente y futura.

Hay que determinar cuándo nos encontramos ante un tributo ambiental y cuándo no. Esta clase de gravámenes participa de la naturaleza general de cualquier tributo, ya que constituyen ingresos públicos surgidos de prestaciones pecuniarias exigidas por el Estado en uso de su poder tributario. No obstante, a estas características hay que agregar la de ser un instrumento de protección ambiental que influye en el comportamiento de los administrados mediante el incremento de los precios de los bienes y servicios "antiecológicos".

La aplicación de estos gravámenes constituye un medio directo para atribuir un valor económico a la utilización de los bienes ambientales, obligando al sujeto pasivo del tributo a internalizar los costos que tal uso representa. De esta

(19) GÓMEZ SABAINI, Juan Carlos — JIMÉNEZ, Juan Pablo — MARTNER, Ricardo (eds.), "Consensos y conflictos en la política tributaria de América Latina", Libros de la CEPAL, 142 (LC/PUB.2017/5-P), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, 2017.

manera, se consigue no solo modificar el comportamiento de los administrados, sino también, y como consecuencia inmediata de ello, obtener recursos para destinarlos a la protección del medioambiente.

Para que un gravamen pueda calificarse de "ecológico", su finalidad primordial debe ser la preservación del medioambiente a través de la desmotivación de actividades contaminantes (finalidad extrafiscal). De tal forma que su objetivo primordial "no es recabar fondos para el fisco —es así la suya una función prioritariamente recaudatoria— sino gravar una serie de actividades contaminantes o negativas para el medio ambiente... la finalidad extra-fiscal de estos tributos es así desincentivar (...) ciertas conductas".

El art. 41 de la CN de la República Argentina pone de manifiesto que el medioambiente es un bien jurídico digno de protección. Si la tarea necesaria para protegerlo le corresponde tanto a la nación como a las provincias, debe admitirse que el establecimiento de impuestos constituye una opción perfectamente válida para obtener recursos que permitan alcanzar los fines propuestos.

Los instrumentos económicos son aquellos que inciden en los costos y los beneficios imputables a cursos de acción que enfrentan los agentes sociales, afectando la rentabilidad de procesos o tecnologías, o el precio relativo de un producto; y, en consecuencia, en las decisiones de productores y consumidores.

De acuerdo con el informe final de octubre de 2011 del Consejo Federal de Inversiones, sobre *Instrumentos tributarios en la gestión ambiental*, el uso de instrumentos económicos por parte del Estado en materia ambiental debe tender a la utilización racional de los recursos naturales.

Las instituciones reguladoras en materia ambiental enfrentan el reto de diseñar instrumentos de gestión ambiental que puedan tener efectividad y eficiencia económica para el logro de las metas ambientales que se ha fijado cada país.

La coordinación internacional de las políticas ambientales es importante, sean políticas de impuestos o de regulaciones.

En la actualidad, se ha comenzado a incorporar los instrumentos económicos a la gestión ambiental, complementando los de regulación directa.

Los principales instrumentos económicos señalados por Morel (2010) que se utilizan para la protección y gestión ambiental son las tasas, los impuestos ambientales, las tarifas por incumplimiento de la normativa, los sistemas de depósito reembolso, la obligación de pago cuando se determina la responsabilidad jurídica sobre daños ambientales, y los subsidios a actividades vinculadas a la protección ambiental.

Los estudios de Pigou introdujeron la idea de que los tributos son una herramienta que puede internalizar los costos externos derivados de la contaminación, que el mercado por sí solo no capta.

Con posterioridad, se formuló el principio "quien contamina paga", que fue puesto en el escenario internacional por la OCDE. Este principio produjo interpretaciones diferentes: para algunos, se fundamentó desde lo preventivo y recaudatorio, por lo tanto, se proyecta sobre la tributación y da sustento a la tributación ambiental; para otros, se fundamentó en el derecho ambiental, centrando su atención en el marco de las responsabilidades por daños y perjuicios sobre las conductas que no cuidan del medioambiente y de naturaleza económica negativa.

El principio "quien contamina paga" no debe interpretarse como una "licencia para contaminar". Introducido en el instrumento tributario, debe tener un objetivo recaudador y/o incentivador para la reducción del daño ambiental, modificando pautas de comportamientos inadecuados o reñidos con el respeto al medioambiente y alentando los adecuados.

Siguiendo a Morel (2010) **(20)**, por su finalidad, los tributos ambientales se clasifican

(20) MOREL, Ricardo, "Tributación Ambiental. Herramientas de Protección del Ambiente", Ed. Astrea, 2010.

en: a. Recaudadores: con el fin de obtener recursos para cubrir los gastos ambientales, en este caso. b. Incentivadores (extrafiscal): modificando pautas de comportamiento, es decir, desalentando incumplimientos, o bien alentando conductas apropiadas para el cuidado del medioambiente.

El primero recorre un camino que tiene que ver con el dispendio o disfrute de los bienes ambientales hoy, y con la posibilidad sostenible de que las futuras generaciones también puedan hacerlo; y el segundo, con el reparto ecuánime de las cargas públicas. Ambos no son antagónicos, pues circulan por el carril del principio de la "solidaridad generacional e intergeneracional".

Habiendo definido el tributo, se lo puede clasificar en grupos:

a) Los impuestos: utilizados para afrontar las erogaciones públicas indivisibles, como salud, educación, seguridad.

b) Las tasas: son recursos que tienen una vinculación estatal con el contribuyente-beneficiario. El servicio es público y divisible, con identificación del beneficiario, y su prestación debe ser concreta y efectiva.

c) Las contribuciones especiales: son las erogaciones que el Estado realiza, atribuibles a obras de infraestructura o mantenimiento y reposición de equipamiento, significando para el contribuyente que se beneficie con esas obras.

Los tributos ambientales se pueden clasificar, según la OCDE, en:

a) Impuestos especiales sobre productos: se aplican a bienes contaminantes, en cualquier etapa, industrial, de consumo o de residuo.

b) Impuestos generales sobre consumos e insumos: si se trata de vincular la imposición indirecta con el resultado ambiental, se puede señalar la idea de un tributo sobre la contaminación añadida, vinculado a la contaminación, para aumentar el costo del producto y desalentar la demanda de consumo de los bienes y servicios que sean inaceptables en términos medioambientales.

c) Impuestos sobre las emisiones: en los impuestos sobre las emisiones, el hecho imponible lo configura la emisión de sustancias o gases contaminantes.

d) Impuestos diferenciales: se emplean como incentivos en el área de transporte. Se aplican impuestos elevados a los vehículos contaminantes, para que se logre la compra de automóviles limpios. Estos se utilizan en muchos países, para diferenciar los precios de las naftas, con un mayor valor para las que contienen plomo. Estos impuestos forman parte de los sistemas tributarios, son incentivadores y aplican el principio "quien contamina paga".

e) Subsidios: la diferencia entre un impuesto y un subsidio es que, con el impuesto que se aplica a la empresa, esta tiene un incremento de costos y una reducción de su producción. Pero, con el subsidio, puede ser un ingreso adicional sin efecto en la contaminación o que quizás provoque su aumento. Por ello, los subsidios se deben otorgar con la condición de que se reduzca la contaminación. Esto modifica el principio adherido por la OCDE de "quien contamina paga" a "paga quien es contaminado" ; según qué impuesto sea, hasta pueden pagar los que son contaminados y los que no lo son.

Estos subsidios que se ofrecen a las empresas pueden consistir en una reducción tributaria —que puede ser una deducción especial en el impuesto a la renta sobre la parte del costo de equipos depuradores—, a cambio de evitar la contaminación.

f) Incentivos: los estímulos tributarios son incentivos económicos que tienen naturaleza tributaria. Con estos incentivos se puede financiar de manera indirecta la reconversión tecnológica empresarial para el cuidado del medioambiente. Los incentivos pueden ser préstamos con plazos especiales para los tomadores, o tasas de interés reducidas con relación a los valores de mercado, desgravaciones impositivas o incentivos y premios por la eliminación de residuos o desechos.

g) Certificados verdes: son títulos negociables que justifican que los sujetos están empleando energías limpias, como la producción de energía eléctrica partiendo de una fuente renovable.

h) Permisos de emisión/licencias negociables: constituyen una política de incentivos, pero, al contrario que los impuestos, se apoyan en el mercado porque consisten en la creación de un mercado de permisos de emisión. La autoridad ambiental opera como el banco central cuando regula la oferta monetaria.

En este sistema de permisos de emisiones negociables, se crea un nuevo tipo de derecho de propiedad, consistente en el derecho a emitir sustancias contaminantes. Los permisos son negociables, es decir, todos los que tengan licencia para intervenir en este mercado pueden operar al precio que convengan quienes participen. Su principal ventaja con relación a los impuestos es la seguridad en el volumen de reducciones.

i) Depósitos rembolsables: el consumidor paga un depósito al efectuar la compra. Al devolver o retornar el envase vacío a un centro de recuperación o de desechos, percibe un reembolso del depósito, siendo este la subvención. Esta restitución se dirige a la reducción del daño ambiental que, de otra forma, se produciría en los desperdicios o vertidos ilegales.

Las *ecotasas* o *impuestos ecológicos* son impuestos que gravan aquellas actividades económicas que provocan externalidades medioambientales negativas. El objeto de su aplicación es el de gravarlas y darles competitividad en el mercado a otras actividades o alternativas tecnológicas menos perjudiciales para el medioambiente. Las ecotasas pueden ser finalistas, y, por ende, la recaudación se dedica a fomentar, con subvenciones, las tecnologías alternativas, cumpliendo con el objetivo de una ecotasa no con fines recaudatorios, sino como incentivo de las actividades económicas denominadas limpias. Las *subvenciones* que se producen a las tecnologías limpias y/o las que sustituyen recursos no renovables por recursos renovables son la contrapartida de las ecotasas.

Respecto al destino de la recaudación, Morel (2010) **(21)** se refiere a que la preservación del medioambiente es hoy una forma de evitar gastos públicos futuros, con la finalidad de corregir muchas veces lo inevitable. Por ello, la tributación ambiental con fines extrafiscales dirigida a motivar, fomentar o reconducir conductas reñidas con el medioambiente surge precisamente para evitar en el futuro la creación de tributos o para incrementar presión tributaria, con la finalidad de obtener recursos para destinarlos a los gastos públicos ambientales. Aclara, además, que al implementar tributos ambientales con fines extrafiscales se debe mensurar el costo-beneficio equitativamente repartido en la población y su estricta implementación temporal, de acuerdo con el logro del objetivo propuesto. Si bien el fin principal de los tributos ambientales no es el recaudatorio, no se desvirtúa, por ello, su naturaleza tributaria, ni tampoco se deja de lado la persecución de fines recaudatorios para el sostenimiento de los gastos públicos.

(21) Ídem.

VII. Responsabilidad social empresaria

Las empresas deben considerar la oportunidad de contribuir al logro de las soluciones para el desarrollo sustentable, combinando objetivos de protección ambiental con los de crecimiento y rentabilidad, asumiendo una responsabilidad social, incorporando el respeto por las personas y el medioambiente en el ejercicio de las actividades empresarias diarias y en la toma de decisiones al momento de hacer negocios. Por ello, si destinan fondos a programas de cuidado ambiental, algunas empresas no lo consideran como un gasto (costo), sino como una inversión que contribuye a mejorar la rentabilidad y competitividad, y a mejorar su posicionamiento como inversoras en países industrializados.

El factor ecológico debe ser parte de sus negocios y los problemas ambientales deben ser parte de su cuenta pendiente.

El gerenciamiento ambiental propone compatibilizar los intereses sociales, económicos y ecológicos, replanteando los procedimientos tradicionales y racionalizando el uso de los recursos naturales, en el marco del equilibrio sostenible. Está centrado en una revalorización de la protección ambiental en las estructuras de decisión, que conlleve un razonable aprovechamiento de los recursos naturales, como contribución al desarrollo sostenible.

Es importante destacar la importancia de incentivar la utilización de tecnologías limpias

que minimicen los impactos negativos en el ambiente. Aquellas empresas que utilicen este tipo de tecnologías serán las menos afectadas por las normas vigentes, ya sea a nivel impositivo o de producción.

Considero que se debe establecer una solidaridad intergeneracional en la cual no se den esfuerzos egoístas en el mercado, sino solidarios.

Desde esta perspectiva, las empresas no pueden quedar aisladas en el tratamiento de estos temas, considerando que los procesos productivos de estas son uno de los principales causantes del deterioro del medioambiente.

El legislador suele elegir a la empresa para que actúe como agente de prevención, imponiéndole deberes. La función es una delegación de funciones estatales en la actividad privada, mediante el señalamiento de una finalidad y el establecimiento de deberes y derechos encaminados a su cumplimiento.

Las empresas reconocen que no son simples espectadoras de la cuestión ambiental **(22)**.

Toda actividad económica implica la creación de un riesgo, peligro para la comunidad o posibilidad de un daño, lo cual justifica la atribución legal de tales efectos —responsabilidad—, por el provecho económico que goza el que introduce el riesgo.

En este sentido, la responsabilidad constituye el mejor canal de distribución del riesgo de la actividad económica entre el público: la empresa es la intermediaria para asumirlo entre el individuo y la comunidad. La función social de prevención consiste en colocar a cargo del empresario la responsabilidad por los daños causados por la actividad empresarial; esta labor de previsión es una función indirecta del derecho de daños.

Téngase presente que el concepto de riesgo de empresa no está referido solamente a la mayor responsabilidad de quien se beneficia o lucra, sino a la peculiaridad de la posición del empresario, en virtud de la cual goza de superioridad jurídica y social, por lo que es equitativo que cargue también con los inconvenientes de una perturbación que recae en su esfera de responsabilidad **(23)**.

Al respecto, Mosset Iturraspe sostiene: "El mercado es el espejo de las empresas que lo lideran; le trasmiten 'su sello', su impronta; el empresario debe tender, de acuerdo con su vocación y compromiso, a asumir responsabilidades con el bien común, porque las demandas sociales serán parte de su éxito; la solidaridad no debe ser excluida desde la empresa; el ideal es que la empresa establezca vínculos solidarios con la comunidad a la que pertenece. La empresa no puede coexistir en planos distintos y si comunicación, cotos cerrados, donde cada uno está en lo suyo".

La responsabilidad social empresaria no debe ser entendida como acciones que las empresas desarrollen dentro de sus posibilidades y conveniencias, sino como un cúmulo de obligaciones impuestas normativamente, que deben ser asumidas como un costo ineludible, y que la llevarían a organizar sus actividades en función de sus responsabilidades frente a sus trabajadores y a la sociedad en su conjunto.

VIII. Producción y consumo sustentable como concientización

El consumo y la producción sostenibles consisten en fomentar el uso eficiente de los recursos y la eficiencia energética, infraestructuras sostenibles, y facilitar el acceso a los servicios básicos, empleos ecológicos y decentes, y una mejor calidad de vida para todos. Su aplicación ayuda a lograr los planes generales de desarrollo, reducir los futuros costos económicos, ambientales y sociales, aumentar la competitividad económica y reducir la pobreza.

El objetivo del consumo y la producción sostenibles es hacer más y mejores cosas con menos recursos, incrementando las ganancias netas de bienestar de las actividades económicas mediante la reducción de la utilización de los recursos, la degradación y la contaminación durante todo el ciclo de vida, logrando al mismo tiempo una mejor calidad de vida. En ese

(22) CAFFERATTA, Néstor A., "Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental", Ed. La Ley, 2012, 1ª ed., t. I, cap. VIII, p. 898.

(23) Ídem.

proceso participan distintos interesados, entre ellos empresas, consumidores, encargados de la formulación de políticas, investigadores, científicos, minoristas, medios de comunicación y organismos de cooperación para el desarrollo. También es necesario adoptar un enfoque sistémico y lograr la cooperación entre los participantes de la cadena de suministro, desde el productor hasta el consumidor final. Consiste en involucrar a los consumidores mediante la sensibilización y la educación sobre el consumo y los modos de vida sostenibles, facilitándoles información adecuada a través de normas y de etiquetas, y participando en la contratación pública sostenible, entre otros.

IX. Conclusión

El acelerado deterioro del medio ambiente, las grandes dificultades técnicas, el altísimo coste de las medidas para el restablecimiento del entorno natural, las cuales no siempre son efectivas y los largos plazos para lograr la recuperación de los recursos naturales que resultan dañados por la acción del hombre, son indicadores que evidencian la acción devastadora que el ser humano está provocando al entorno en el que se desarrolla. El deterioro que el medioambiente sufre como consecuencia de las actividades antropogénicas, sobre todo en América Latina, demuestra que es unas de las áreas más amenazadas en el futuro, dada la dependencia de las economías que integran dicha área geográfica, respecto de los recursos naturales. En este contexto, resulta imperativo que los Gobiernos de los países se marquen como objetivo no solo el aumento de la calidad del medio en el que habitamos, sino también el de encontrar un equilibrio entre desarrollo y naturaleza que permita a la sociedad progresar y, al mismo tiempo, regenerar el entorno natural, esto es, "el desarrollo sostenible".

La mayoría de los problemas ambientales se generan como derivación de la ecuación costo-beneficio empresarial, pues, en el caso, resulta más barata la externalización de los desechos que un tratamiento adecuado de neutralización o el empleo de sistemas de producción menos generadores de desperdicios nocivos. Tomando en cuenta estos conceptos, podemos concluir que, con el otorgamiento de créditos blandos y otro tipo de motivación que convenga al empresario a los fines de que su producto no supere los precios del mercado, y con una política de control exhaustivo y de aplicación de la legislación vigente, resultaría antieconómico contaminar el ambiente. Justamente, esta debe ser la finalidad que se persiga mediante las políticas económicas.

Los problemas económicos y ecológicos son interdependientes, por lo que deben ir juntos al momento de implementar políticas de control, garantizando la protección del ambiente y la sustentabilidad de la actividad económica a largo plazo.

La toma de decisiones en materia de fiscalidad ambiental debe tener en miras una reforma social, que no pierda de vista los derechos de los sectores más desprotegidos, promoviendo la participación de toda la población, realizando campañas educativas.

Finalmente, hay una íntima vinculación entre el ambiente y desarrollo, así como existe la tensión entre uno y otro. Debe comprenderse que, en un mundo globalizado económicamente, nos encontramos con colisiones entre la protección ambiental y el análisis económico de la cuestión. Ello no quiere decir que partamos de una visión puramente economicista del derecho, sino que significa reconocer las influencias recíprocas entre derecho y economía, de forma tal que no puede predicarse una solución jurídica económicamente impracticable, pero tampoco es posible subordinar la respuesta jurídica a soluciones puramente económicas. Esta situación la debemos tener en cuenta, pues va a significar un importantísimo debate en el tema ambiental, ya que, a medida que exista mayor protección ambiental y mayor posibilidad de reparación por su incumplimiento, se producirá en los particulares —fundamentalmente en las empresas— una externalidad negativa. Desatender los problemas derivados de la contaminación significa una patología de la economía de mercado, y desvirtúa su sentido, al afectar gravemente los mecanismos de oferta y demanda para la asignación de recursos. Por ello, hay una relación entre costo y protección ambiental que, según cómo resulte la ecuación, puede traducirse en desocupación. Cuantos más litigios haya entre damnificados por daños ambientales y las empresas, la cuestión se transfor-

ma en una disyuntiva que, en última instancia, es desocupación o protección, pues el capital producirá allí donde la protección o los controles sean menores. A mayor costo, menor inversión, y, consecuentemente, menor actividad industrial. Por ello, la relación capitalismo-ambientalismo hasta ahora ha resultado una pareja desavenida. Deben crearse las herramientas jurídicas aptas para la solución de estos problemas, prestando atención a la técnica económica, pues debe tenerse en cuenta que no existen soluciones unilaterales. La inserción de la ecología en la economía resulta una tarea difícil, pero eso no impide que, partiendo del postulado de "paradigma ambiental", que, como explica Lorenzetti, implica un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio vinculado con la interacción y con "los enfoques holísticos", podamos intentar superar el enfoque tradicional y reflexionar en otro sentido. Esto nos permite postular que el cuidado y la efectiva tutela del ambiente, tanto como su correcta gestión, importarán una nueva fuente de trabajo, como se deriva de la idea de que todo emprendimiento (industria o actividad) que cuide el entorno exigirá, por regla, más tecnología y más personal que aquella que no lo haga. Ambas exigencias determinarán un incremento de fuentes laborales antes que su achicamiento.

Por otra parte, cabe resaltar un posible dilema: del peligro cierto de destrucción de la naturaleza puede surgir un modo nuevo de dominación, si se propicia una forma de resguardo de aquella en contra de toda innovación tecnológica. Ello traerá el consiguiente sometimiento de las sociedades menos desarrolladas y su consecuencia: una creciente desocupación. Por eso hay que estar atentos a esta cuestión, que puede estar oculta en la simpática y naturalmente atrayente "defensa de lo verde".

La contaminación ambiental "es un fenómeno de naturaleza política, social y económica, pero también es un problema técnico-jurídico. Lo perjudicial para el ambiente puede no aceptarse como algo inevitable; por ello, se intentan diversas medidas protectoras, preventivas unas, resarcitorias otras, a los efectos, por un lado, de impedir o disuadir la degradación ambiental, y, por el otro, resarcir a las víctimas por las lesiones o los daños sufridos" **(24)**.

(24) HUTCHINSON, Tomás — FALBO, Aníbal J., "Derecho administrativo ambiental en la provincia de Buenos Aires", Librería Editora Platense, 2011, 1ª ed., ps. 71-74.

Desarrollo sostenible y economía circular

Un estudio desde la responsabilidad social empresarial

Alcides F. Antúnez Sánchez (*)
Eduardo Díaz Ocampo (**)
Nosdalys Castillo Fuentes (***)

Sumario: I. Introducción.— II. El paradigma jurídico del desarrollo sostenible en la protección ambiental.— III. La economía circular como nuevo paradigma jurídico-contable en la protección ambiental.— IV. La responsabilidad social empresarial y su nexo con la economía verde para la mitigación de la contaminación ambiental por parte de los Estados.— V. A manera de conclusiones.

I. Introducción

La cuestión ambiental se caracteriza por una visión transectorial de la realidad y en ello inciden las visiones e intereses de múltiples actores, científicos y diversos profesionales de distintos temas del saber, productores y reguladores, de aquí su transectorialidad. A fines de la década del 70 del siglo pasado, los problemas ambientales de los países industrializados, identificados en la contaminación y en la destrucción de hábitats y de especies, exigieron una mayor atención, lo que trajo como consecuencia el debilitamiento del paradigma dominante en el siglo XX.

La estrategia de este paradigma fue la institucionalización del ambiente y de los estudios de impacto ambiental como forma legal de evaluar los costos y beneficios de la contaminación ambiental que las grandes industrias causaban al ambiente. Con el nuevo siglo, la tendencia actual en materia ambiental del siglo XXI es que la cuestión ambiental forme parte intrínseca de la estrategia corporativa de las empresas como sujetos de gestión. Los empresarios observan y valoran que lo más apropiado en la actualidad es contar con una estrategia empresarial que incluya, además de todos los componentes tradicionales, los aspectos ambientales como parte crítica del éxito de la firma, de aquí que ponderen ser objeto de control público ambiental a través de las herramientas de gestión, como es la auditoría ambiental, al emitir una certificación ambiental.

(*) Magíster en Asesoría Jurídica con mención en Derecho Administrativo Ambiental por la Universidad de Oriente. Profesor auxiliar de Derecho Ambiental e Internacional. Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma, República de Cuba.

(**) Doctor en Ciencias de la Educación. Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador. Doctor en Jurisprudencia. Profesor de Derecho Laboral y Derecho Constitucional. Rector de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo. Ecuador.

(***) A.A. 5º año Carrera de Derecho. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba.

Ante los esfuerzos por percibir y entender los problemas ambientales, hicieron que el hombre también entendiese cuál es el tipo de relación entre él y la naturaleza, que determinará los problemas ambientales, su intensidad y su calidad. Uno de los principales objetivos de este paradigma sustentado en el pasado siglo XX fue sustituir el principio del contaminador pagador por el principio de pagar para prevenir la contaminación, por medio de la reestructuración de la economía, de acuerdo con los principios ecológicos de reducción de la actividad económica. De aquí surgieron instrumentos económicos como la contabilidad ambiental, el impuesto ambiental, el seguro ambiental, el cobro de servicios ambientales, entre otros.

Con la evolución de los paradigmas en el siglo XXI, las empresas reformulan su enfoque con relación al ambiente, a través de la presión ejercida por los diversos segmentos de la sociedad con los cuales las empresas mantienen relación en su entorno. Los principales motivos que condicionaron los cambios de actitud de las empresas con relación al ambiente fueron la legislación y la mejora tecnológica a través de tecnologías limpias. Uno de estos paradigmas es el que se estudia en el cuerpo del artículo, la economía circular, por su relación con el desarrollo sostenible en la creación de empresas responsables con el ambiente a través de la implementación de la responsabilidad social empresarial.

II. El paradigma jurídico del desarrollo sostenible en la protección ambiental

Ante la necesidad de alcanzar el desarrollo sostenible como paradigma jurídico global, en el siglo XX, el informe *Nuestro futuro común*, de 1984, lo señala como el megaprincipio del derecho ambiental internacional. El paradigma para su contextualización es cómo establecer políticas públicas para llevarlo a vías de hecho en cada nación del planeta.

En consecuencia, se hace la valoración de que el medioambiente en el siglo XXI se encuentra en el centro de atención de la comunidad internacional. Se parte como punto de análisis de los grandes acuerdos internacionales desde el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), textos jurídicos que proclaman en su art. 1º: "... el derecho de los pueblos a la libre determinación, y en virtud 'establecen libremente su condición política y proveen, asimismo, a su desarrollo económico social y cultural'. Para el desarrollo de sus fines (art. 12) (...) todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional...".

Estudiosos del tema han dicho que los derechos surgidos a partir de la segunda mitad del siglo XX y en el siglo XXI tienen que ver, básicamente, con el advenimiento de las declaraciones referidas genéricamente a la justicia, la paz y la solidaridad. Por ello, cuando se contribuye a separar la basura para contribuir a su reciclaje, o cuando se depositan las baterías agotadas en recipientes adecuados, no se está pensando solo en sí mismo, sino en el bienestar de las generaciones futuras, de aquí la filosofía de la minería urbana para mitigar la contaminación ambiental en las zonas urbanas.

Se asevera que estos instrumentos jurídicos internacionales, desde su eficacia horizontal como normas sobre los derechos humanos, obligan a todos los sujetos de derecho, sean públicos o privados, a cumplir, hacer cumplir y respetar el derecho internacional de los derechos humanos. Cuestión que aún no cumplen todos los Estados de manera adecuada, con una brecha social entre los países desarrollados y los que aún están por alcanzarlo, y la no adecuada cultura ambiental.

En el mundo, a partir del contexto analizado, se aprecia cómo hubo intentos de dar respuesta desde la sociología vinculado a la cuestión ambiental desde la década de los años 60 del siglo pasado, ante la problemática desde el campo científico y el político desde las ciencias sociales para el estudio de la relación hombre-naturaleza como su campo de acción.

Por ende, lo acontecido en la ciudad Estocolmo en 1972 fue el escenario internacional donde se realizó una reflexión sobre los problemas ambientales y las causas que lo agreden. Se aprecia con ello cómo se comienza a visualizar la problemática ambiental como resultado de

los procesos del desarrollo, y cómo comienzan a buscarse conceptos alternativos de desarrollo internacional, surgiendo la idea de *ecodesarrollo* propuesta por Maurice Strong, promovida entre los años 1980 y 1982.

Está demostrado con lo analizado que, en 1972, se incluye, en la lucha por defender el ambiente, la cultura como parte constitutiva, al ser aprobada la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural. Aunque influyó poco en la educación ambiental, se visualiza la necesidad de *sistematizar las legislaciones* dirigidas a la protección ambiental y al patrimonio cultural, y se delimita la necesidad de atender la relación *sociedad-cultura-naturaleza*.

En el propio año 1972, como nota distintiva a resaltar en el artículo, coincidió la conferencia de Estocolmo sobre desarrollo y medioambiente con la publicación del primer informe al Club de Roma sobre los límites al crecimiento. Ambos acontecimientos en el orden jurídico se diferenciaron por la crisis del petróleo y por las primeras manifestaciones masivas del movimiento ecologista y el antinuclear.

Como se valora, en la región de Europa, los problemas ambientales y la crisis social estuvieron vinculados al fenómeno de la contaminación ambiental. Desigual a lo que ocurrió en los Estados Unidos, al estudiar el tema de la contaminación ambiental, surgió el pronunciamiento de los movimientos sociales por la aptitud contaminadora de los sujetos de gestión del sector industrial, entre otros aspectos vinculados a la cuestión ambiental que se estudia en el artículo.

Continuando este análisis, en 1974, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, en virtud de su art. 2º, estableció que cualquier Estado "tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas".

En este punto, se valora cómo el estadista Castro Ruz **(1)** señalaba el mundo desde su visión futurista: "... La humanidad del futuro tiene retos muy grandes en todos los terrenos. Una humanidad que se multiplica vertiginosamente, una humanidad que ve con preocupación el agotamiento de algunos de sus recursos naturales, una humanidad que necesitará dominar la técnica, y no solo la técnica sino incluso hasta los problemas que la técnica pueda crear, como son los problemas, p. ej., de la contaminación del ambiente...".

Los autores del artículo valoran que el pensamiento del abogado cubano lo convierte en uno de los primeros líderes a nivel mundial en informar los cambios futuros de la naturaleza y su influencia sobre los fenómenos naturales que se aprecian por los resultados adversos de fenómenos como el cambio climático, la desertificación, la sequía, las inundaciones, las catástrofes naturales por inundaciones, los incendios, la desaparición de las especies y el peligro de la desaparición de la humanidad, por las secuelas de las anomalías negativas provocadas por la acción del hombre sobre la naturaleza, señaladas en la Cumbre de Río en 1992, al resumir por Castro Ruz las causas más profundas del problema: "... la necesidad de una mejor distribución de las riquezas y de la aplicación de la tecnología para el desarrollo humano y no para el lujo y el despilfarro que promueven las sociedades consumistas...".

Con posterioridad a la situación antes apuntada, en el año 1998, la UNESCO, dentro del Sistema de las Naciones Unidas, en su conferencia mundial sobre la Educación Superior, manifestó la importancia de que la universidad tome en serio su papel en la denominada era de la información y del conocimiento. A partir de este planteamiento, se aprecia cómo, a más de 40 años desde el pasado siglo XX, se acuñará una expresión que representaría una revolución en el mundo, al menos desde una dimensión teórica a partir del derecho internacional, en la conciencia de la sociedad del momento, en la protección jurídico-política al ambiente y en las bases del sistema socioeconómico mundial, conocido como desarrollo sostenible.

La literatura científica, en esencia, propone que el desarrollo sostenible busca un adecuado equilibrio entre el desarrollo económico y la protección del medioambiente, de tal forma

(1) CASTRO RUZ, F., "Discurso III Conferencia de las Brigadas Técnicas Juveniles", La Habana, 1974.

que, como se explica en el citado informe, se satisfagan las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

Si bien es cierto, Martín Mateo **(2)**, en sus estudios sobre el megaprincipio —desarrollo sostenible—, considera: "... el sector privado (incluidas las grandes empresas y las pequeñas) tiene el deber de contribuir a la evolución de comunidades y sociedades equitativas y sostenibles (Principio 24), y que las empresas del sector privado deben cumplir la obligación de rendir cuentas, en un entorno reglamentario, transparente y estable (Principio 26)...".

En este contexto, se justiprecia que el núcleo duro del desarrollo sostenible desde la literatura científica está en la necesidad de considerar tres pilares juntos: *la sociedad, la economía y el medioambiente*. En el plano jurídico, la idea fundamental del desarrollo sostenible es *la vinculación entre el bienestar de la generación actual y el bienestar de las futuras generaciones*. En estos elementos se aprecia que los sistemas de valores no han tomado en cuenta de manera adecuada la naturaleza, y que han ido en una irracional carrera por el consumismo como estilo de vida y por el desarrollo, sin una adecuada pertinencia del "principio de responsabilidad ambiental".

Sobre este tema, se analiza lo ponderado por Beck **(3)**. En cuanto al postmodernismo, precisa en el campo de acción el tema de la denominada "sociedad del riesgo". Este concepto designa una fase de desarrollo de la sociedad moderna en la que los riesgos sociales, políticos, económicos e individuales tienden cada vez más a escapar a las instituciones de control y protección de la sociedad industrial.

Más que un concepto científico, se resalta, por la literatura analizada, que el desarrollo sostenible es una propuesta ideológica y política. No obstante, se valora que su ambigüedad es amplia, lo cual explica en buena medida su amplia difusión. Supone el reconocimiento de que algo anda mal en el modelo social vigente, de que el desarrollo necesita reformas o ajustes porque su prolongación en el tiempo está amenazada. Implica una reafirmación de dicho modelo, en el doble sentido de no ver alternativas al desarrollo y de considerar que es deseable hacerlo durar. De esta forma, resulta aceptable para los críticos, ecologistas y desarrollistas estudiados el viejo conflicto que perdura entre economía y ecología, reproducido bajo la forma de diferentes lecturas o interpretaciones de un concepto compartido.

El reto, a criterio de los autores del artículo, es que los Estados ponderen que es una necesidad desarrollar una sociedad ante los desafíos adversos que se presentan para lograr alcanzar el desarrollo sostenible como una estrategia corporativa por los empresarios, a partir de que es un derecho humano "... aquel que satisface las necesidades esenciales de la generación presente sin comprometer la capacidad de satisfacer las necesidades esenciales de las generaciones futuras...".

La Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible (2002), desde el derecho internacional, acepta de manera expresa "la realidad de que la sociedad mundial tiene los medios y recursos para responder a los retos" planteados para superar la supuesta dicotomía entre protección ambiental y desarrollo económico por vía de la armonización de ambos procesos.

Al respecto, Jaquenod de Zogon **(4)** expresa: "... el hombre contemporáneo se enfrenta como depredador de la naturaleza, sin tomar conciencia que, en más o menos medida, forma parte de ella, está acogido por ella, y al desnaturalizarla y alterarla, él mismo se desnaturaliza, altera y traiciona su propia esencia...". La autora estudiada afirma que es una combinación de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos que se orientan a lograr la protección de todos los elementos que integran el ambiente natural y humano, mediante un conjunto de disposiciones jurídicas que, por naturaleza interdisciplinar, no admiten regímenes divididos

(2) MARTÍN MATEO, R., "Tratado de Derecho Ambiental", Ed. Trivium, España, 1991, 1ª ed.

(3) BECK, U., "La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad", Ed. Paidós Ibérica, España, 1998, p. 13.

(4) JAQUENOD DE ZSOGON, S., "Derecho Ambiental", Ed. Dykinson, Madrid, 2004, 2ª ed.

y que recíprocamente se condicionan e influyen en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas existentes.

El catedrático Jordano Fraga **(5)** señalaba desde su postura: "...El mundo de las tendencias es especialmente complejo. En el Derecho Ambiental los cambios se están produciendo a tal velocidad que posiblemente solo hacen ver al observador una foto fija de lo que ocurre. El Derecho ambiental como Derecho especialmente apegado a la realidad planetaria está poderosamente influido por el hecho social, económico, tecnológico y cultural. Podemos hablar de tendencias internas y externas (globalización e integración en ámbitos supranacionales como la Unión Europea del Derecho Ambiental, que ya está provocando un auténtico surgimiento de un verdadero *ius commune* ambiental, Seerden); de tendencias estructurales del propio Derecho Ambiental (la constitucionalización, codificación, globalización, desregulación, etc.); técnicas (de técnica jurídica, de organización administrativa), etc. Debe advertirse que las tendencias en Derecho ambiental son especialmente complejas...".

En este análisis de la problemática de la contaminación ambiental, Jordano Fraga ha considerado que "... el Derecho Ambiental se constituye en un símbolo de preservación y promoción del ambiente y la obligatoriedad de que el hombre implemente y desarrolle un modelo desarrollo sostenible, que permita la coexistencia del hombre-naturaleza...".

Queda claro para los autores del artículo que la aceptación del paradigma del desarrollo sostenible tendrá que implicar una reorganización de cada proceso elemental de producción, dirigida a incrementar su ecoeficiencia, es decir, a reducir la energía y los materiales consumidos y la contaminación generada por unidad de producto o servicio. Si bien es cierto que el asunto tiene una dimensión relativa al conocimiento de desarrollo de los instrumentos analíticos adecuados para conocer el impacto ambiental de cada proceso concreto de producción. Y tiene, por otro lado, una dimensión normativa, relativa a las prácticas y a los cambios organizativos capaces de estimular un uso más eficiente de los recursos naturales a través de la mirada de los instrumentos de tutela ambiental en el ordenamiento jurídico.

Está señalado en la literatura científica estudiada que el principio jurídico del desarrollo sostenible es un proceso de cambio en la explotación de los recursos, en la dirección de las inversiones, en la orientación del desarrollo tecnológico y del cambio institucional, para que estén todas aquellas en armonía y para que posibiliten el potencial actual y futuro de alcanzar las necesidades y aspiraciones humanas, contextualizado en pautas a través de una estrategia planificada con menos carga contaminante al ambiente.

En consecuencia, se valora cómo el desplazamiento forzado que hoy acontece en el siglo XXI, originado por los desastres naturales, el desafío que el cambio climático trae consigo, el agotamiento acelerado de los recursos naturales, la pérdida de la biodiversidad y la contaminación ambiental son algunos de los grandes retos a los que se encuentra enfrentada la humanidad en la actualidad, desde el punto de vista de la cuestión ambiental, para lograr alcanzar el megaprincipio del desarrollo sostenible.

Estos elementos analizados se aprecian contextualizados con la concepción de la empresa responsable del ambiente, la empresa de alta tecnología y la industria 4.0. En esta última se imbrica el uso de las tecnologías de la informática y de las comunicaciones, con herramientas internas (en los procesos de producción), comerciales (en las características de los productos ofertados) e institucionales (en las regulaciones del mercado). Es la "reconversión ecológica" de la industria, la cual implica cambios tecnológicos y su modernización para reducir la contaminación ambiental donde lo "verde vende".

Al analizar qué se define por contaminación, se precisa en la literatura científica como la presencia o incorporación al ambiente de sustancias o elementos tóxicos que son perjudiciales para el hombre o para los ecosistemas (seres vivos), al existir diferentes tipos de contaminación. Hoy, la contaminación sigue siendo un

(5) JORDANO FRAGA, J., "Un desafío para los ordenamientos en el siglo XXI: el desarrollo sostenible", Fundación Democracia y Gobierno Local, España, 2008.

tema preocupante en el mundo entero porque vivimos colapsados de ciertas enfermedades a causa del agua que tomamos a diario, y también por respirar aire contaminado.

Por consiguiente, la contaminación ambiental es concebida como la que produce alteraciones al medioambiente, dañándolo de manera leve o grave o destruyéndolo por completo. También debemos tener en cuenta el factor tiempo, ya que el daño puede ser temporal o continuo.

Por ello, se valora que alcanzar el *principio del desarrollo sostenible* es en la actualidad el paradigma más acuciante dentro del derecho ambiental. La lectura de la doctrina hispanoamericana señala que el desarrollo sostenible se encuentra en la base de la categoría de "instrumentos de mercado de carácter cooperador", para compatibilizar la tutela ambiental con el crecimiento de la economía, de aquí a consideración de los autores es su articulación con el derecho administrativo ambiental que hoy se proyecta en Europa.

En el planeta, el modelo económico que predomina, llamado "economía marrón", ha ocasionado el agotamiento de los recursos naturales, la degradación y la pérdida generalizadas de los ecosistemas, elementos que han dado espacio para que surja un modelo económico alternativo denominado "economía verde" y, dentro de este, la economía circular, tal y como ha señalado el PNUMA **(6)** en su informe hacia una "economía verde". Este Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente marcó un hito para estos desarrollos analizados en el cuerpo del artículo.

Es necesario destacar que, en la cumbre Río+20, sobre el paradigma del desarrollo sostenible, se avanzó en el logro de una "economía verde" en el contexto del desarrollo sostenible y de la erradicación de la pobreza, y en el marco institucional para el desarrollo sostenible; su evolución ha sido el tránsito hacia la economía circular en el siglo XXI en la relación empresa-sociedad-naturaleza.

Lleva a señalar que el concepto de "economía verde" se incorpora al modo de producción actual con variables ambientales y sociales, lo que no supone que esté directamente en contra de las ideas de libre mercado o del crecimiento como parte de los instrumentos económicos. Ejemplo de ello es la implementación de la etiqueta ambiental, la contabilidad ambiental y la auditoría ambiental por los sujetos de gestión, entre otros. Desde la perspectiva jurídica, el concepto de "economía verde" no sustituye el de "desarrollo sostenible", pero sí puede ser un camino para alcanzarlo. Es un conjunto de modos de producción, donde se premia la búsqueda de maximizar la producción, tomando en consideración variables que son ignoradas a la hora de establecer un negocio, como la conservación de los recursos naturales y la erradicación de la pobreza **(7)**.

Con ello, se justiprecia el vínculo con el derecho ambiental y los principios que lo forman, como el "precautorio, prevención, responsabilidad, y legalidad". Aunque otro principio vinculado al tema es el "principio de la responsabilidad ampliada del productor". Este principio exige que los fabricantes acepten la responsabilidad de todas las etapas del ciclo de vida de un producto, incluida la gestión del final de su vida útil, de aquí la necesidad de cumplir con el "principio de legalidad" a través de cuerpos jurídicos que, desde el derecho público, lo establezcan, como lo han ponderado Jaquenod de Zsogon **(8)**, Loperena Rota **(9)**, Esteve Pardo **(10)**, Fernández

(6) PNUMA, "Hacia una economía verde: guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza. Síntesis para los encargados de la formulación de políticas", New York, 2011.

(7) MARTÍNEZ, A. — PORCELLI, A., "Reflexiones sobre la economía verde. El New Deal Ecológico Mundial", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, 15, Perú, 2017.*

(8) JAQUENOD DE ZSOGON, S., "El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores", Ed. Dykinson, Madrid, 1991, p. 372.

(9) LOPERENA ROTA, D., "Los principios del Derecho Ambiental", Ed. Civitas, España, 1998, p. 87.

(10) ESTEVE PARDO, J., "Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica", *Revista Jurídica de Catalunya, 3, España, 2003, ps. 689-700.*

de Gatta Sánchez **(11)**, Cafferatta **(12)**, Rey Santos **(13)** y Peña Chacón **(14)**.

La bibliografía estudiada para conformar el artículo ha permitido que se vaya consolidando como un principio general del derecho administrativo ambiental, a partir de la actualización de las "técnicas jurídicas de tutela ambiental", con la implementación de la gestión ambiental compartida en la protección ambiental, como lo significan Mora Ruiz **(15)** y otros autores europeos.

Otra lectura diferente acontece en el contexto de Latinoamérica en lo concerniente al derecho ambiental. Ocurre a partir de los textos jurídicos supremos de naciones como Bolivia y Ecuador en la primera década del siglo XXI, tras su reconocimiento jurídico de forma expresa y tácita como referente en la región de América Latina diferente al derecho ambiental europeo a la naturaleza como sujeto de derechos en el pluralismo jurídico.

A partir del reconocimiento del pluralismo jurídico, concebido como la coexistencia de diversos órdenes jurídicos en un espacio geopolítico, cobró auge, a finales del siglo XIX y en la primera mitad del XX, como una reacción ante el positivismo que emprendió la reducción del derecho en el marco del proyecto moderno; pero no es hasta la década del 60 del siglo pasado que se convirtió en un tema de discusión central en la antropología y en la sociología del derecho.

En este mismo sentido, desde el plano jurídico, estudios realizados en el 2013 por Cafferatta, Bellorio Clabot y Rinaldi sobre la situación actual del derecho ambiental en América Latina, coinciden en que "... las Constituciones, las Leyes marco o generales, conforman el núcleo duro y estable de la institucionalidad ambiental de los países de la región objeto muestral, para reconocer si estas resultan ser productivas con la aparición de la economía y contabilidad ambiental en pos del desarrollo sustentable vinculadas a la práctica de la auditoría ambiental...".

Díaz Ocampo y Antúnez Sánchez **(16)** aseveran en sus estudios que, para poder desarrollar y aplicar el pluralismo jurídico ambiental, hay que partir prácticamente desde el origen, que permita generar derechos ambientales efectivos para todos los habitantes, que sean respetadas las disímiles cosmovisiones desde el *sumak kwasay*. Hay que partir del derecho humano al medioambiente, para desarrollar cuerpos legales ambientales en el ordenamiento jurídico con la óptica de los pueblos originarios desde la Pacha Mama". Ello es una novedad en el desarrollo en el siglo XXI, a partir del "nuevo constitucionalismo latinoamericano".

En este contexto, se aprecia que el valor jurídico de los instrumentos internacionales de derechos humanos analizados reconoce los derechos a colectividades, comenzando por el derecho a la autodeterminación de los pueblos, que se establece desde la palestra internacional en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas en el contexto Latinoamericano.

Se afirma, desde la perspectiva jurídica, que, a partir de la Cumbre de la Tierra de 1992, analizada *ut supra*, se generaron varios instrumentos jurídicos internacionales como la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, donde se estableció un marco jurídico y un reglamento eficaz, para luego entrar en vigor la Convención sobre la Diversidad Biológica en 1993 y el Convenio de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático en 1992, que han seguido evolucionando con el tiempo hasta la Cumbre

(11) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., "Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental", *Boletín Económico ICE, 2824, España, 2004.*

(12) CAFFERATTA, N., "Teoría de los principios del Derecho Ambiental", *Revista Abeledo Perrot, Argentina, 2009.*

(13) REY SANTOS, O., "Derecho y cambio climático, legislando en un mundo cambiante", Ed. Academia, La Habana, 2016.

(14) PEÑA CHACÓN, M. et al., "Derecho Ambiental del siglo XXI", Ed. Isolma, Costa Rica, 2019, 1ª ed.

(15) MORA RUIZ, M., "Tesis doctoral: Responsabilidad compartida en la gestión ambiental", Universidad de Huelva, 2005.

(16) ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. — DÍAZ OCAMPO, E., "El pluralismo jurídico en América Latina", *Revista Dos Tribunais*, Thomson Reuters, 990, Brasil, 2018.

del Clima, celebrada en París en el 2015, y la de Polonia en 2018, considerados por autores como Antúnez Sánchez y Bruzon Viltres **(17)**, Rey Santos **(18)**, Peña Chacón **(19)**.

En esta misma línea de análisis, Castro Ruz **(20)** señalaba al mundo: "... Una importante especie biológica está en riesgo de desaparecer por la rápida y progresiva liquidación de sus condiciones naturales de vida: el hombre...".

Queda demostrado que la preocupación del derecho latinoamericano por la cuestión ambiental reconoce sus antecedentes en la "demanialización de los recursos naturales" por parte del constitucionalismo social, cobra impulso a causa del desarrollo del "derecho ambiental internacional" y se intensifica con el advenimiento del denominado "nuevo constitucionalismo latinoamericano" y con el desenvolvimiento de un verdadero "constitucionalismo ambiental", que reconoce ampliamente el derecho humano a un medioambiente adecuado y sostenible, como lo señalan los objetivos del milenio para el 2030.

Se procedió, para abordar el tema por los articulistas, partir de la revisión de la literatura científica, sustentada en dos criterios: el primero por temas, como se desarrolla, y el segundo de lo general a lo particular; se revisó la bibliografía jurídica especializada en materia de derecho constitucional y derecho administrativo ambiental. Dentro de ello, la minería urbana, la economía circular, la formación ambiental por la multidisciplinariedad y la transdisciplinariedad del tema estudiado, de aquí que se haga la revisión desde los aportes de la sociología ambiental para mitigar la contaminación ambiental.

II.1. Los aportes desde la sociología ambiental vinculados a la cuestión ambiental

La sociología está concebida como la ciencia encargada de estudiar las estructuras y sistemas sociales, y la forma en que interactúan con el individuo y los grupos sociales. Por su definición, parece ser excluyente de la naturaleza, debido a que la evolución de esta, mediante innumerables ciclos biogeoquímicos que le son inherentes, no depende de las actividades humanas, por lo que es un proceso asocial.

La sociología, como ciencia, estudia la producción y reproducción de lo social y de la sociedad; suele considerar el ambiente como sinónimo de naturaleza, y esta como parte del entorno donde las personas realizan sus actividades. Al analizar los aportes desde la sociología, desde su impronta marxista, se considera el trabajo como la mediación principal entre los seres humanos y la naturaleza, lo que, en principio, la hacía susceptible de desarrollarse teniendo en cuenta los condicionantes impuestos por esta.

Al estudiar la contribución marxista a la temática ambiental, se aprecia que es de actual relevancia. Al incluir el campo de la ecología política con ensayos dirigidos a los estudios de la sociología ambiental, hacen más abarcadores sus resultados, que han trascendido hasta nuestros días. Significamos, en este sentido, la postura de Marx **(21)**, al señalar: "... solo conocemos una única ciencia, la ciencia de la historia de la naturaleza e historia de la humanidad. Sin embargo, no hay que dividir estos dos espacios, mientras existan hombres, la historia de la naturaleza y la historia de los hombres se condicionaran recíprocamente (...) mi relación con mi ambiente y mi conciencia...".

En este sentido, puede citarse el aporte de Engels **(22)**, quien advertía en el siglo pasado que "...todo nos recuerda a cada paso que el hombre

(17) ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. — BRUZÓN VILTRES, C., "Reflexiones en torno a la Protección de los Derechos Humanos desde la Perspectiva del Derecho Ambiental Internacional", *Revista Justicia Ambiental, Chile, 2012.*

(18) REY SANTOS, O., "Derecho y cambio climático, legislando en un mundo cambiante", Ed. Academia, La Habana, 2016.

(19) PEÑA CHACÓN, M., "La Revolución de los Derechos Humanos Ambientales y de los Derechos de la Naturaleza", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, 28, Argentina, 2018.*

(20) CASTRO RUZ, F., "Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo", Río de Janeiro, 1992.

(21) MARX, C., "La ideología alemana", Ed. Mega, Berlín, 1932.

(22) ENGELS, F., "Dialéctica de la naturaleza", Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1982.

no domina, ni mucho menos la naturaleza, a la manera que un conquistador domina un pueblo extranjero, es decir, como alguien que es ajeno a la naturaleza, sino que formamos parte de ella con nuestra carne, nuestra sangre y nuestro cerebro, que nos hayamos en medio de ella y que todo nuestro dominio sobre la naturaleza y la ventaja que en esto llevamos a las demás criaturas es la posibilidad de llegar a conocer sus leyes y de saber aplicarlas acertadamente...".

Por consiguiente, la sociología ambiental, como ciencia social, tiene como impronta enfrentar la necesidad de repensar la interacción entre la acción social y los procesos de la naturaleza, tanto en lo que respecta a los límites que estos imponen como en lo relativo a las posibilidades que ofrecen. Como ejemplo de lo señalado, se aprecia cómo la energía nuclear contribuyó en su momento a consolidar el poder económico de la extinta Unión Soviética en el pasado siglo, pero también fue un factor negativo el accidente ocurrido en Chernóbil el pasado siglo. Cuestión que también ocurrió en la nación de Japón con otro accidente vinculado al uso de la energía nuclear. A criterio de los autores, por no ponderarse de manera adecuada los principios que informan desde el derecho ambiental y por no haber ejecutado una evaluación de impacto ambiental apropiada.

Es pertinente significar que la sociología ambiental se encuentra ante la tarea de buscar una síntesis entre los componentes sistémicos o estructurales —incluyendo entre ellos el ambiente natural— y la agencia humana. En consecuencia, la tarea o el fin de la sociología ambiental se limitarían al estudio de los procesos de construcción de informaciones científicas y de difusión pública de versiones simplificadas de estas, que llevan, primero, a la descripción de la intensificación artificial del efecto invernadero como problema social y político, y, después, a seleccionar determinados aspectos de este como prioritarios o más significativos, como es el caso del artículo de la contaminación ambiental, donde se particulariza el nuevo paradigma de la economía circular.

La sociología ambiental tiene como fuentes, directas o indirectas, los avances científico-tecnológicos, las confrontaciones políticas internacionales, la amenaza de la guerra nuclear, el incremento en la degradación ecológica, el desarrollo de movimientos sociales emergentes y la crisis teórica de la sociología. Su génesis aparece en la década de los años 70 del pasado siglo, en los Estados Unidos de América.

En Cuba, un referente obligado es el estudio y análisis de la obra legada por José Martí, quien, desde su análisis, conceptualizó: "¿Qué es la naturaleza? El pino agreste, el viejo roble, el bravo mar, los ríos que van al mar como a la eternidad vamos los seres humanos: la naturaleza es el rayo de luz que penetra las nubes y se hace arco iris; el espíritu humano que se acerca y eleva con las nubes del alma y se hace bienaventurado. Naturaleza es todo lo que existe, en toda forma, espíritus y cuerpos; corrientes esclavas en su cauce; raíces esclavas en la tierra; pies, esclavos como las raíces; almas, menos esclavas que los pies. El misterioso mundo íntimo, el maravilloso mundo externo, cuanto es, deforme o luminoso u oscuro, cercano o terroso, regular todo, medido todo menos el cielo y el alma de los seres humanos es Naturaleza".

Esto demuestra a los articulistas que la sociología ambiental tiene como uno de sus fines facilitar la reapropiación social de la naturaleza en esa relación hombre-naturaleza, no en términos de la explotación de la que puede ser objeto, sino de la valoración de su potencial ecológico productivo. Cuestión considerada por los saberes tradicionales, cuando hablaban del principio de autogestión de las sociedades agrarias y de la productividad primaria de los ecosistemas naturales de los pueblos originarios, es el cambio de una visión diferente al derecho ambiental en Europa, como es el derecho ambiental en América Latina.

En este estudio, se analiza cómo Leff expone, en distintos trabajos de su autoría, la interrelación que, para el estudio de la complejidad ambiental, tienen la biotecnología, las ciencias etnológicas, la sociodemografía, la ecología (política, productiva, social), la economía (ecológica, política del ambiente), la educación, la historia y la pedagogía ambiental, la ética (de la interculturalidad, para la sustentabilidad, por la vida), el psicoanálisis y la sociología del conocimiento. Cuestión que los articulistas consideran válida, de aquí la transdisciplinariedad que tiene el derecho ambiental.

En consecuencia, las cuestiones referidas a la cuestión ambiental es necesario abordarlas desde ópticas interdisciplinarias que involucren las aportaciones de las ciencias sociales. Al respecto, es importante argumentar acerca de la importancia de la sociología para explicar las causas y los efectos que tienen las acciones humanas en la naturaleza, y las formas en que esta impacta en las formas de ser y de estar en el mundo, como es el caso del nuevo elemento jurídico-contable, "la economía circular".

Relacionado con las aseveraciones anteriores, el gran reto a observar y aplicar sigue siendo concebir una sociedad sin residuos; las políticas públicas de los Estados no han podido mitigar esta situación vinculada a la contaminación ambiental. El ser humano actúa solo como productor y como consumidor, y nunca como descomponedor de materia. Existe un vacío teórico sobre el tema de los residuos, y la incorporación de la perspectiva sociológica sobre esta problemática en las sociedades actuales se presenta como de gran importancia. De aquí que se aborde con la economía circular como nuevo paradigma para lograr alcanzar esta solución deseada por los Estados, en pos de mitigar la contaminación ambiental en la relación hombre-naturaleza; para ello es necesario tener una adecuada formación jurídico-ambiental.

III. La economía circular como nuevo paradigma jurídico-contable en la protección ambiental

La economía circular es concebida como un modelo de negocio que se basa en el reciclaje, la reutilización y la reducción de los recursos naturales. A partir de la Revolución Industrial en el pasado siglo XX, las empresas han creado productos que promueven el consumo, y se generan residuos destinados a la contaminación ambiental sin un tratamiento adecuado en la relación hombre-naturaleza.

De estos enfoques, se destaca, en este orden de ideas, que el reciclado de los residuos de los aparatos eléctricos y electrónicos o, como también los denomina la literatura científica, "minería urbana", en el siglo XXI, para los países tiene un doble impacto de forma positiva. Su uso permite recuperar metales o materiales que son cada vez más escasos y cuya obtención es de notable importancia para el desarrollo de las naciones que los implementan, y contribuye a la eliminación de los desechos y de la contaminación ambiental.

Es importante tener en cuenta que la constante innovación tecnológica y la cultura de consumismo acrecentada en el siglo XXI hacen que las personas, cada vez más, quieran sustituir los aparatos eléctricos y electrónicos que utilizan por otros más avanzados, lo cual genera que cada año la basura electrónica incremente en las zonas urbanas. Se busca en su implementación que los residuos electrónicos no terminen en un vertedero o incinerador, y que más países se unan al buen manejo y tratamiento final a través de la economía circular, en pos de mitigar la contaminación ambiental que se genera, o, la postura más infeliz, que sean trasladados o vendidos a los basureros de países del tercer mundo sin su tratamiento tecnológico.

Tras la irrupción de la revolución científico-técnica y el proceso de internacionalización y de liberalización mundial, ha sido el suceso que ha originado nuevos desafíos políticos, económicos, culturales y sociales a los Estados. Ha traído consigo de forma lenta los paradigmas que caracterizaban a la sociedad industrial, y han ido cambiando al ritmo que han marcado las continuas irrupciones en la innovación, apoyadas en la tecnología computacional y en la telemática en la 4ª Revolución Industrial. Surgen nuevos productos, nuevos servicios públicos, nuevos modelos de negocios, nuevas necesidades, nuevos retos que, en definitiva, cuestionan el formato y las claves competitivas de la industria del futuro, en continua construcción y evolución en un mundo global en el siglo XXI, donde "lo verde vende".

Al respecto, dada la naturaleza multidimensional de lo estudiado en el cuerpo del artículo de la cuestión ambiental, es la pertinencia del tema como parte de las políticas públicas de los Estados para lograr el desarrollo sostenible entre los objetivos del Milenio para el 2030, por ser una de las problemáticas a escala global, como es la contaminación ambiental, en especial en los entornos urbanos.

Es importante tener en cuenta que el modelo de la economía circular se dirige hacia un nuevo

paradigma, al implicar una nueva modalidad de hacer productos desde su mismo origen, desde su diseño, y permite hacer negocios atendiendo al crecimiento económico de la sociedad, a la sustentabilidad ambiental y a la disminución de los riesgos por la volatilidad y la incertidumbre de los precios de las materias primas y de los recursos energéticos. Esto se vincula, a criterio de los autores del artículo, al reconocimiento de la responsabilidad social empresarial y a su implementación por los Estados a través de su reconocimiento jurídico.

Como hecho jurídico, existe una preocupación mundial frente al deterioro ambiental y se avanza en la creación de un marco normativo, tanto a nivel nacional como regional e internacional, que impulse la circularidad ante los impactos ambientales de la obsolescencia programada y la economía verde; se plantea desde la literatura científica que se debe avanzar hacia una nueva economía ecológicamente racional, ecoeficiente e inclusiva.

En consecuencia, queda claro, como objeto del artículo para los autores, que las recientes legislaciones avanzan hacia un cambio de paradigma: de la economía lineal bajo el lema "extraer-fabricar-tirar" a la economía circular basada en "refabricar, reacondicionar y reciclar". Este que debe ser observado por las formas de gestión para su implementación en los negocios, hoy potenciado con el uso de las tecnologías de la informática y de las comunicaciones y con la quinta generación (5G) en la web 2.0, enfocada a mitigar la contaminación ambiental.

IV. La responsabilidad social empresarial y su nexo con la economía verde para la mitigación de la contaminación ambiental por parte de los Estados

Como acontecimiento en el siglo XXI, junto con la insostenibilidad económica, social y ambiental a nivel global generada por la creciente contaminación industrial, surge la responsabilidad social empresarial (RSE); conllevó la emergencia de ponderar nuevas dimensiones, ampliaciones y la introducción de las típicas nociones del derecho administrativo, de la función administrativa y del interés público, que contribuyen a que las empresas aporten al desarrollo sostenible como uno de los paradigmas de la administración pública, a favor del equilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y el aprovechamiento de los recursos naturales. Equilibrio este, a criterio de los autores del artículo, de valor para la operación de los negocios y de la pertinencia de observar en la competencia empresarial de los sujetos de gestión económica.

La RSE es un término considerado desde mediados del siglo XX, impulsado, según la lectura de Carroll, desde la publicación del libro *Social Responsibilities of the Businessman*, de Howard Bowen **(23)**. En este libro se justiprecia cómo se marca el inicio del desarrollo del concepto contemporáneo de responsabilidad social corporativa (RSC).

No quedan dudas de que, con su libro, Bowen **(24)**, además de analizar la relación entre las empresas y la sociedad, ofreció la primera definición de RSC, en el entendimiento de esta como las obligaciones y decisiones que los hombres de negocios deben asumir, con relación a la política de empresa, para seguir las líneas de acciones que son deseables en términos de los objetivos y valores de la sociedad y de su entorno. Cuestión a la que los autores del artículo se afilian por ser la de mayor pertinencia desde la bibliografía estudiada, hoy, en avances con la relación empresas-universidad.

Con posterioridad, en el 2011, se valora cómo la Comisión Europea concibe la RSC como aquel "... proceso destinado a integrar las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, el respeto de los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores en sus operaciones empresariales y su estrategia básica, a fin de: 1) maximizar la creación de valor compartido para sus propietarios/accionistas y para las demás partes interesadas y la sociedad en sentido amplio; 2) identificar, prevenir y atenuar sus posibles consecuencias adversas...".

(23) BOWEN, H., "La responsabilidad social de los empresarios. La auditoría, vínculos con otras ciencias y saberes", Estados Unidos de América, 1953.

(24) BOWEN, H., "La responsabilidad social de los empresarios. La auditoría, vínculos con otras ciencias y saberes", Estados Unidos de América, 1953.

La situación apuntada, para los autores del artículo, sobre la auditoría social por su vínculo con la RSE y el tema que se aborda, de las investigaciones realizadas hasta ese momento histórico estudiado, fueron limitados. Estas solo habían significado una herramienta útil para equilibrar el poder que las empresas poseen en la sociedad, lo que en definitiva supone la legitimación y el fortalecimiento de la imagen corporativa con relación a los y las consumidoras, así como su posición competitiva en el mercado; esto implicó un cambio sustancial en la concepción de la responsabilidad social, ya que, si hasta ese momento esta había sido considerada como una acción individual de los "hombres de negocios", a partir de ese momento, pasaba a ser considerada como parte de la política de empresa, considerada esta práctica como una herramienta de trabajo dirigida a valorar aspectos relacionados con el seguimiento, la medición y la evaluación del desempeño en materia laboral de la empresa.

Por consiguiente, la RSC debe ser parte de la estrategia empresarial, donde se establezcan la responsabilidad filantrópica, la responsabilidad ética, la responsabilidad legal, la responsabilidad económica y la responsabilidad ambiental por los sujetos de gestión. Elementos que permitirán, a criterio de los autores del artículo, a los empresarios que la ponderen tener una gestión ambiental adecuada con una visión estratégica. En ello está presente la implementación de las normas técnicas como la ISO 14 000, 19 000 y 26 000, en correspondencia con el Modelo de Gestión del Pacto Mundial de las Naciones Unidas para su implementación (2010).

En este sentido, prosiguiendo en su *iter*, en el 2011, los *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, tratan de determinar "la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos", por tratarse de la expectativa social más elemental en relación con las empresas. También, vinculada al objeto de este estudio, en el año 2013, fue aprobada la Agenda para el Desarrollo 2030 y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, con una visión desde la administración estratégica por los empresarios.

Lo abordado en el desarrollo del artículo tiene como pretensión demostrar la incidencia de la administración estratégica en la observación de lo que dispone la RSE, donde se proponen como ejemplos la conformación de la empresa responsable con el ambiente, con la implementación de las tecnologías limpias, el uso adecuado de los sistemas de gestión ambiental, la etiqueta ambiental y la certificación ambiental, para lograr el desarrollo sostenible dentro de los instrumentos de mercado y comercio, que contribuyan a lograr una mejor calidad de vida y bienestar a los ciudadanos a partir de la tutela adecuada de la Administración pública en su gestión ambiental, lograda al ejecutar la auditoría ambiental.

La literatura científica acerca de la formulación del paradigma de la sostenibilidad en sus diversas facetas reseña su incidencia en lo ambiental, social y económico, recogida en muchos textos de organizaciones internacionales y de los Gobiernos, que plantean importantes problemas de interpretación jurídica cuando se pretende introducirlos en los textos normativos en los ordenamientos jurídicos.

En este particular, Fernández de Gatta Sánchez **(25)**, refiere que la creciente degradación del medioambiente ha traído consigo que las empresas e industrias comiencen a utilizar nuevos instrumentos de protección ambiental, aunque sean de carácter voluntario, en el contexto de una nueva ética empresarial.

De la lectura de los criterios de Parejo Alfonso, este considera que actualmente vivimos en una época de cierta preocupación política, institucional y privada por la situación del medioambiente. La valoración social de las cuestiones ambientales ha cambiado profundamente en las últimas décadas del siglo XX y los primeros años del siglo XXI, en general hacia posiciones de una mayor concienciación por la calidad del medioambiente, ante la eventual sexta extinción que se avecina y cuyas culpables son las conductas inadecuadas originadas por el hombre.

(25) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., "Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental", *Boletín Económico ICE, 2824, España. 2004.*

Otra lectura la aporta Antúnez Sánchez, al señalar la relación jurídica que aparece entre el sujeto auditor y el auditado, tras la implementación de la auditoría ambiental como institución jurídica; entre sus elementos objetivos se reconoce la certificación ambiental con la ecoetiqueta de los bienes y servicios producidos por las formas de gestión. De ahí el rol que desempeñará la auditoría ambiental como el eje esencial y el reconocimiento de todas sus aristas, en especial la jurídica, al ser más integral que la función inspectiva entre los instrumentos de mercado incidente en la actividad del comercio, para que sean reconocidos los procesos productivos amigables con el ambiente a través de la certificación ambiental, en correspondencia con la aplicación de la RSE, para coadyuvar a mitigar la contaminación ambiental con producciones limpias.

IV.1. El reconocimiento del desarrollo sostenible y de la economía circular en los ordenamientos jurídicos de Cuba y de Ecuador

En el ordenamiento jurídico de Cuba. En el 2019, con la aprobación del nuevo texto constitucional, se dispone en su art. 11 que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, inc. b), sobre el medioambiente y los recursos naturales del país. El art. 16, sobre las relaciones internacionales de Cuba, en el inc. f) promueve la protección y conservación del medioambiente y el enfrentamiento al cambio climático, que amenaza la sobrevivencia de la especie humana, sobre la base del reconocimiento de responsabilidades comunes, pero diferenciadas; el establecimiento de un orden económico internacional justo y equitativo y la erradicación de los patrones irracionales de producción y consumo.

En el art. 23 se establece que son de propiedad socialista de todo el pueblo las tierras que no pertenecen a particulares o a cooperativas integradas por estos, el subsuelo, los yacimientos minerales, las minas, los bosques, las aguas, las playas, las vías de comunicación y los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica exclusiva de la República.

El art. 75, por su parte dispone que todas las personas tienen derecho a disfrutar de un medioambiente sano y equilibrado. El Estado protege el medioambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y de la sociedad, para hacer más racional la vida humana y para asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras.

También en el art. 90 se establece que el ejercicio de los derechos y las libertades previstos en esta Constitución implican responsabilidades. Son deberes de los ciudadanos cubanos, además de los otros establecidos en esta Constitución y en las leyes, proteger los recursos naturales, la flora y la fauna, y velar por la conservación de un medioambiente sano (inc. j).

Como se aprecia, Cuba, en su ordenamiento jurídico, recepciona el principio jurídico del desarrollo sostenible desde el texto constitucional de 1976, que fue ratificado en este nuevo texto constitucional de 2019, cumpliendo con ello los tratados de los que, desde el derecho internacional, es parte, como lo ponderan estudiosos de este tema, como D' Estéfano Pisani **(26)**, Fernández Rubio Legra **(27)**, García Fernández y Rey Santos **(28)**.

Al amparo de lo establecido en el texto constitucional, el desarrollo de cuerpos jurídicos en el ordenamiento jurídico se establece en la ley 76 de 1994 y en la ley 118 de 2014, vinculadas a la actividad de la minería. En la materia ambiental, se preconiza que la ley 81 de 1997 no advierte en sus artículos pronunciamiento sobre la economía circular ni sobre la actividad de la minería urbana.

El tratamiento jurídico y normativo de los residuos sólidos comunes y sus principios jurídicos se sustentan en la ley 81 de 1997. Existen normas jurídicas y normas técnicas que, de forma complementaria, regulan los residuos y evidencian el postulado del principio de prevención, precautorio, de responsabilidad, de legalidad,

(26) D' ESTÉFANO PISANI, M., "Derecho Ambiental Internacional", Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1996.

(27) FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRÁ, Á., "Derecho Ambiental Internacional", Ed. AFR, La Habana, 1999.

(28) GARCÍA FERNÁNDEZ, J. — REY SANTOS, O., "Foros de negociación e instrumentos jurídicos internacionales en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible", Ed. Acuario, La Habana, 2005.

entre otros. Son elementos que apuntan que la llegada del siglo XXI se caracteriza por el símbolo de la reconfiguración global de la cultura humana, señalada por una oleada de innovaciones tecnológicas sin precedentes en la historia, de la que Cuba no es ajena.

En el mundo, se observa el crecimiento de la contaminación ambiental en las ciudades, vinculada con el incremento del uso de dispositivos electrónicos en cifras significantes una vez que estos lleguen al final de su vida útil. La población desconoce los términos como minería urbana, logística inversa, economía circular por su impacto socioambiental, al poner en riesgo la salud humana. Para ello, el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente ha aprobado la Estrategia Ambiental cubana, que se actualiza cada 5 años, el Plan de Lucha contra la Contaminación Ambiental, el Plan de Estado contra el Cambio Climático, y el pendiente es que no existe un plan para el desarrollo sostenible, donde se tracen pautas para su contextualización en el país; un ejemplo ha sido el Plan de Estado contra el Cambio Climático, conocido como "Tarea Vida", de 2019**.**

No obstante, se aprecia cómo en el entramado de la Administración pública cubana se ha constituido una empresa que se ocupa de la recogida y del reciclaje de las materias primas. En esta actividad de recolección participan sujetos privados y cooperativas, que recogen en las ciudades los desechos metálicos y no metálicos objeto de compraventa por la aludida empresa (aluminio, hierro, cobre, bronce, entre otros), a precios establecidos por el Ministerio de Finanzas y Precios. Pero la norma jurídica ausente en el ordenamiento jurídico es la Ley de Reciclaje.

El reto en la gestión ambiental por los actores económicos públicos y privados en Cuba deberá estar enfocado a cumplir el principio de legalidad bajo las normas técnicas ISO 9001, 14001, 26 000, pero el ordenamiento jurídico está necesitado de una actualización de la Ley Ambiental, la promulgación de una Ley de Empresas y una Ley de Competencias, donde se pondere la observación de la economía circular través de iniciativas que manejan una economía sostenible, donde se perfeccione el uso de recursos para formalizar una economía justa, social, colaborativa y sostenible, que deserte del actual sistema lineal de usar y tirar, en atención a la dimensión económica, política, tecnológica y sociocultural en la implementación del nuevo modelo económico y social.

Esto conduce a repasar de nuevo las palabras dichas en la Cumbre de Río por el estadista Castro Ruz **(29)**, quien señaló: "... Es necesario señalar que las sociedades de consumo son las responsables fundamentales de la atroz destrucción del medio ambiente. Ellas nacieron de las antiguas metrópolis coloniales y de políticas imperiales que, a su vez, engendraron el atraso y la pobreza que hoy azotan a la inmensa mayoría de la humanidad...".

Con posterioridad, Castro Ruz, nuevamente, desde su análisis futurista, expresaba: "... El crecimiento sostenible de que se habla es imposible sin una distribución más justa entre todos los países. No puede haber crecimiento sostenible para una parte del mundo y subdesarrollo para todos los demás...", cuestiones que los autores consideran válidas. Alcanzarlo sigue siendo un gran reto para el planeta; la distribución de las riquezas sigue muy mal distribuida.

En el contexto estudiado, la sociedad cubana se encuentra en proceso de actualización de su modelo económico y social de desarrollo socialista, el cual es decisivo para la sostenibilidad y prosperidad de la nación cubana, la educación y la formación de valores, la salud, la ciencia, la tecnología e innovación, la cultura, la comunicación social, la defensa y seguridad nacional, el uso racional y la protección de los recursos ambientales, en coherencia con los objetivos y metas de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible.

En materia de control público, la Contraloría General en la nación cubana tiene la misión, por norma jurídica, de ejecutar auditorías para el control de esta política pública en los sectores estratégicos del país para la cuestión ambiental; es el caso de la auditoría ambiental a las cuen-

(29) CASTRO RUZ, F., "Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo", Río de Janeiro, 1992.

cas hidrográficas y la realizada a las energías renovables **(30)**.

En consecuencia, no debe dejar de significarse el papel que juega la universidad, en su responsabilidad con la formación jurídica ambiental. El presente le exige educar para innovar e innovar para educar como protagonistas en nuevos modelos donde el hombre actúe de manera responsable en la protección del medioambiente, y lo haga con las competencias requeridas. Ello tributará a alcanzar la armonía y el equilibrio entre el desarrollo industrial, los avances tecnológicos y la relación hombre-naturaleza.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Como hecho social, la Constitución político-jurídica de 2008 sintetiza un momento histórico; se cristalizan diversos procesos sociales acumulados y se plasma una determinada forma de entender la vida. Es considerada como uno de los textos constitucionales de mayor extensión en Latinoamérica, reconoce instituciones y derechos de su antecesora del año 1998, se distingue por tener un desarrollo minucioso en la protección de la naturaleza, con un enfoque bioético a partir de los criterios analizados de los constitucionalistas ecuatorianos en los cambios realizados, como lo sistematizan Borja y Borja **(31)**, Verdesoto Salgado **(32)**, Bhrunis Lemarie **(33)**, Grijalva Jiménez, postura a la que nos incorporamos.

Se valora cómo la Constitución de la República del Ecuador de 2008, con el reconocimiento del pluralismo jurídico y de los derechos a la naturaleza, asume una visión ecológica y de subjetivación del ambiente: "Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia (…)". En el art. 71: "La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema".

Zaffaroni **(34)** reseña que la Constitución de Ecuador reconoce que "… la Tierra asume la condición de sujeto de derechos, en forma expresa", añadiendo que "de este modo el constitucionalismo andino dio el gran salto del ambientalismo a la ecología profunda, es decir, a un verdadero ecologismo constitucional. La invocación de la Pachamama va acompañada de la exigencia de su respecto, que se traduce en la regla básica ética del sumak kawsay, que es una expresión quechua que significa buen vivir o pleno vivir y cuyo contenido no es otra cosa que la ética —no la moral individual— que debe regir la acción del estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza (…) No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente, incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente…".

Por ende, la contaminación ambiental, causada por la inadecuada disposición y eliminación de residuos, constituye uno de los principales problemas que afectan la calidad de la vida en Ecuador. Valoran los autores del artículo que, ante este panorama adverso, surge la necesidad de su reversión con una actitud proambiental, que parta de las políticas públicas por tener incidencia en los ciudadanos, en especial en los pueblos originarios; para ello, son necesarios procesos de formación jurídica ambiental, modificar las políticas públicas y exigir la responsabilidad administrativa.

(30) ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., "Tesis doctoral: La auditoría ambiental, ordenación jurídica en el Derecho Ambiental para el sector estatal cubano", Universidad de Oriente, 2017.

(31) BORJA Y BORJA, R., "Derecho Constitucional ecuatoriano", Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1979.

(32) VERDESOTO SALGADO, L., "Estudios de Derecho Constitucional ecuatoriano", Ed. Publicaciones de la Universidad Central, Quito, 1988.

(33) BHRUNIS LEMARIE, R., "El constitucionalismo en el Ecuador", Ed. Alter Justitia, Quito, 2010.

(34) ZAFFARONI, E., "La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política", Ed. Abya-Yala, Ecuador, 2011.

Al analizar la contaminación ambiental en Ecuador, se justiprecia que tiene que solucionar problemas tecnológicos (cómo enfrentar, desde la ciencia y la técnica, los problemas de contaminación o de prevención), problemas sociales (cómo incluir a la ciudadanía en la gestión ambiental y lograr el consenso, frente a los posibles conflictos que se presentaran), problemas legales (de qué manera se puede sancionar, administrar o hacer cumplir las políticas de gestión ambiental; tienen que ver con la existencia de ordenanzas al respecto), problemas políticos (cómo la inestabilidad política o la incertidumbre generan posibilidades de gestión eficientes y con seguimiento efectivo, para el logro de los objetivos) y problemas económicos (el nivel de financiamiento necesario para ejecutar la política de gestión o la falta de recursos que impide su aplicación o su evaluación). Un ejemplo de ello es el Plan de Desarrollo para el Buen Vivir.

Su desarrollo normativo en el ordenamiento jurídico se constata en la Ley de Gestión Ambiental, donde la autoridad ambiental nacional es ejercida por el Ministerio del ramo, que actúa como instancia rectora, coordinadora y reguladora del sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, desde donde se dictan normas de manejo ambiental y evaluación de impactos ambientales, y que define sistemas de control y seguimiento de las normas y parámetros y régimen de permisos y licencias sobre actividades potencialmente contaminantes, a partir de la función inspectiva. También han sido emitidos el Texto Unificado de Legislación Ambiental secundaria y la Ley de la Economía Popular y Solidaria.

La Ley de Gestión Ambiental establece principios e instrumentos de gestión ambiental y constituye, por lo tanto, un instrumento jurídico que delinea el campo de acción del Estado y de la sociedad civil ambiental. Establece los principios y directrices de la política ambiental determinando las obligaciones, las responsabilidades, los niveles de participación de los sectores público y privado en la gestión ambiental, y señala los límites permisibles, los controles y las sanciones en materia ambiental al exigir la responsabilidad.

Como *ultima ratio*, es necesario destacar que el Código Penal ecuatoriano tiene un capítulo que establece los delitos ambientales con sus respectivas penas, en referencia a la figura jurídica de "delito ecológico". Ecuador incorporó al Código Penal los delitos contra el ambiente y las contravenciones ambientales. Luego, el Código Orgánico Integral Penal define las normas para sancionar los distintos tipos de delitos: contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama, contra la biodiversidad, los recursos naturales, la gestión ambiental y los recursos naturales no renovables.

De aquí que los autores valoren en el epígrafe lo expresado por Leff: "... la necesidad de internalizar un saber ambiental emergente en todo un conjunto de disciplinas, tanto de las ciencias naturales como sociales, para construir un conocimiento capaz de captar la multicausalidad y las relaciones de interdependencia de los procesos de orden natural y social que determinan los cambios socio ambientales, así como para construir un saber y una racionalidad social orientada hacia los objetivos de un desarrollo sustentable, equitativo y duradero...".

Queda demostrado, presentado este panorama, a modo de cierre, que, como mandato internacional promovido por la UNESCO, la educación jurídica ambiental salió de las escuelas de Derecho y comenzó a penetrar el campo profesional por la acción de la ciencia y la tecnología sobre el ambiente, pero el enfoque interdisciplinario sigue siendo un objetivo por alcanzarse de manera adecuada en el sistema educacional. No verlo de manera fragmentada, en pos del desarrollo sostenible como política pública, donde la Sociología Ambiental tiene un papel significativo, sigue siendo un reto para los Estados. Como hecho incrementará la cultura jurídica ambiental y permitirá con ello adquirir una "cultura ambiental".

V. A manera de conclusiones

La Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible de 2002 acepta de manera expresa "la realidad de que la sociedad mundial tiene los medios y recursos para responder a los retos" planteados en este cónclave para superar la dicotomía entre protección ambiental y desarrollo económico por vía de la armonización de ambos procesos. Luego, como continuidad, en la cumbre Río+20 de 2012, sobre el paradigma

del *desarrollo sostenible*, se avanzó en el logro de una "economía verde" en el contexto del desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y el marco institucional para el principio jurídico del desarrollo sostenible.

Las primeras décadas del siglo XXI se han caracterizado por la reconfiguración global de la cultura humana, señalada por una oleada de innovaciones tecnológicas sin precedentes en la historia.

El modelo de economía circular se dirige hacia un nuevo paradigma, implica una nueva modalidad de hacer productos desde su mismo origen, desde su diseño, y permite hacer negocios atendiendo al crecimiento económico de la sociedad, a la sustentabilidad ambiental y a la disminución de los riesgos por la volatilidad y la incertidumbre de precios de las materias primas y los recursos energéticos como parte de la política pública en materia ambiental por los Estados.

A la universidad, en su responsabilidad con la formación jurídica ambiental como mandato constitucional, en el siglo XXI se le exige educar para innovar e innovar para educar, como protagonista del cambio para alcanzar el desarrollo sostenible dentro de los objetivos trazados para el 2030. Este podrá irradiarse a una mayor velocidad y a mayores espacios con el uso de las tecnologías de la informática y de las comunicaciones en la web 2.0 con la quinta generación (5G).

INSTRUMENTOS DE GESTIÓN Y POLÍTICA

El superior interés del niño como principio transversal a la gestión ambiental

Algunas reflexiones sobre la provincia de Salta

María Elisa Rosa (*)

Sumario: I. Palabras iniciales. Especial referencia del derecho humano a un ambiente sano con relación a niños, niñas y adolescentes.— II. La gestión ambiental como una herramienta de satisfacción de derechos.— III. El interés superior del niño como una variable transversal.— IV. El superior interés del niño en materia ambiental y su aplicación en algunos casos concretos en la provincia de Salta.— V. Conclusiones.

I. Palabras iniciales. Especial referencia del derecho humano a un ambiente sano con relación a niños, niñas y adolescentes

El derecho a un ambiente sano se considera como un elemento fundamental de los derechos humanos **(1)**, pues se admite que el ser humano no puede lograr su desarrollo y plenitud sin un medioambiente sano. Existe entre ambos —medioambiente y derechos humanos— una suerte de dependencia e indivisibilidad **(2)**.

Todo niño tiene derecho a vivir y a desarrollarse en un ambiente sano, equilibrado y apto para su crecimiento pleno, que le asegure salud y bienestar. Muchas de las obligaciones legales y aspiraciones morales contenidas en la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) y, en igual o mayor medida, el derecho mismo a la vida dependen de un ambiente sano y de un desarrollo sustentable. En consecuencia, proteger el ambiente y a la vez proteger la niñez son objetivos mutuamente inclusivos **(3)**.

La Convención de los Derechos del Niño describe los derechos básicos y universales de los niños, niñas y adolescentes, entre los que se incluye el derecho a la supervivencia; a desarrollarse plenamente; a ser protegidos de influencias peligrosas, del abuso y de la explotación, y a ser escuchados y a participar plenamente en la vida familiar, cultural y social. Cada derecho descripto en la CDN es inherente a la dignidad humana y al desarrollo armonioso de cada niño.

Si analizamos este tratado desde una perspectiva ambiental, nos encontramos con el primer y más incontrovertible derecho de la infancia: el derecho a la vida. De él se desprende el dere-

(*) Abogada; mediadora; magíster en Gestión Ambiental (UCASAL); secretaria letrada en Asesoría de Incapaces N° 5 del Ministerio Público de Salta; miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad de la Universidad Católica de Salta (IDEAS UCASAL); coordinadora del Centro de Estudios de Derecho Animal Argentina.

(1) Los derechos humanos se caracterizan por ser universales e indivisibles.

(2) MOLLAR, Marcos N., "La Protección internacional del medio ambiente como derecho humano". *Revista de Derecho Ambiental, 19,* Ed. Lexis Nexis, julio/septiembre 2009, ps. 176 a 202.

(3) Atlas del Riesgo Ambiental de la Niñez de Argentina. Informe de avance. Proyecto: "Los efectos de la contaminación ambiental en la niñez, una cuestión de derechos". Defensoría del Pueblo de la Nación. En http://defensoresymedios.org.ar/wp-content/uploads/2010/04/Atlas.pdf.

cho al "disfrute del más alto nivel posible de salud" (art. 24, Inc. 1º). La relación con el derecho a un ambiente sano, consagrado por el art. 41 de nuestra Constitución Nacional (CN), se evidencia sin mayores esfuerzos **(4)**. La convención es clara en cuanto a su compromiso sobre salud ambiental infantil, a la que se refiere expresamente en su art. 24 **(5)**, particularmente en los incs. c y e.

A su vez, el art. 29 de la CDN, al establecer el derecho a la educación, en su inc. 1.e dispone que: "Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural".

Por su parte, la ley 26.061 **(6)** de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes **(7)** expresamente reconoce este derecho en su art. 21: *"Derecho al medio ambiente*. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como a la preservación y disfrute del paisaje". A su vez, el dec. 415/2006, reglamentario de la ley, respecto del art. 21, establece como pauta obligatoria la instauración de programas educativos en materia ambiental **(8)**.

Los párrafos segundo y tercero del art. 1º de la ley 26.061 establecen que todos los derechos reconocidos en ese cuerpo normativo están asegurados por su máxima exigibilidad y están sustentados en el principio del interés superior del niño, y que la omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos de gobierno del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

Es que los derechos y garantías consagrados por la ley 26.061 para los niños son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles **(9)**. Interesa particularmente para nuestro análisis la clasificación de "interdependientes" que se otorga a los derechos y garantías reconocidos a los niños, niñas y adolescentes tanto por la citada norma como por la CDN.

Así, todos los derechos fundamentales y humanos están intrínsecamente relacionados en una suerte de simbiosis fáctico-normativa. Sos-

(4) BARRILIS, Natalia — FERNÁNDEZ, Cristian, "Niñez y ambiente: el derecho al futuro", en *DFyP*, 2019, Ed. Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/857/2019.

(5) Art. 24: punto 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo".

(6) Tiene particular importancia esta ley en nuestro país, toda vez que, a través de esta, se efectiviza el viraje al nuevo paradigma de la infancia, ya presentado por la Convención de los Derechos del Niño, pero hasta el momento tímidamente incorporado por nuestra legislación interna.

(7) Cita online: AR/LEGI/69MN.

(8) Art. 21: Los organismos del Estado Nacional, en la formulación de la política ambiental, establecerán programas para educar a las niñas, niños y adolescentes en la protección, conservación, restauración y manejo sostenible y racional del ambiente y de los recursos naturales.

(9) GIL DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 77.

tienen Gil Domínguez, Famá y Herrera que, por ejemplo, no es posible ejercer la libertad de expresión, si no cuento con un nivel adecuado, y que de nada sirve gozar de derechos económicos, sociales y culturales, si no puedo expresarme libremente **(10)**. Podríamos agregar por nuestra parte que, en el contexto de ese razonamiento, surge la importancia del derecho a un ambiente que motiva nuestro trabajo, ya que ni siquiera la vida misma podría tener sustento sin un ambiente propicio.

En términos de normativa provincial, solo dos leyes incorporan expresamente el reconocimiento de este derecho. Estas son las de Chubut y de Jujuy **(11)**.

Como derecho humano innegable, la necesidad de proteger el ambiente para los niños, niñas y adolescentes también resulta materia de preocupación del Comité de los Derechos del Niño **(12)**. Así, este órgano se ha pronunciado al respecto a través de requerimientos realizados a algunos Estados signatarios de la Convención de los Derechos del Niño, efectuando observaciones en sus informes **(13)**. Tal es el caso de Jordania y de Sudáfrica.

En el primer caso, el Comité recomendó a Jordania tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo la cooperación internacional, para prevenir y combatir los efectos dañosos de la polución ambiental y de la contaminación del agua suministrada a niños.

En el segundo caso, recomendó a Sudáfrica incrementar sus esfuerzos para implementar programas de desarrollo sostenible y para prevenir la degradación ambiental **(14)**.

El acceso a un ambiente sano y salubre es un derecho fundamental de todos los niños, niñas y adolescentes, y es imprescindible que se reconozca este derecho cuando los Gobiernos, las instituciones y la comunidad en su conjunto planean programas, políticas y estrategias públicas.

Es necesario prestar especial atención a los niños y familias que, además, deben enfrentar desafíos adicionales, como discapacidades,

(10) GIL DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 401.

(11) En el caso de Chubut, la ley 4347, en su art. 10, inc. c, dispone: "Art. 10.— Los niños y los adolescentes tienen derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y su rehabilitación. El Estado asegurará la plena aplicación de este derecho y adoptará las medidas apropiadas para: (...) c) Combatir las enfermedades y la malnutrición mediante la aplicación de la tecnología apropiada, el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente". Por su parte, Jujuy regula el tema a través de la ley 5288, que en su art. 12 dispone: "Los niños y los adolescentes tienen derecho al más alto nivel posible de salud y para ello el Estado Provincial asegurará la plena aplicación de este derecho y adoptará medidas para reducir la morbi-mortalidad en la niñez y la adolescencia y combatir las enfermedades y la malnutrición mediante la aplicación de la tecnología apropiada, el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente".

(12) El Comité de los Derechos del Niño (CDN), también conocido como "órgano de supervisión" o "mecanismo de supervisión", es un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. La convención misma estipula la creación de este comité en los arts. 43, 44 y 45. Todos los Estados parte que han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño tienen que presentar informes de modo regular al comité sobre cómo se están aplicando esos derechos. Los Estados deben presentar un primer informe a los dos años de acceder a la convención y, luego, cada cinco años. El comité examina cada informe y presenta sus inquietudes y recomendaciones al Estado parte en las observaciones finales.

(13) Todos los Estados partes deben presentar al Comité de los Derechos del Niño (también llamado CRC, por sus siglas en inglés) informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la convención y, luego, cada cinco años. El comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en forma de "observaciones finales". El comité examina los informes adicionales que deben presentar los Estados que se han adherido a los dos protocolos facultativos de la convención. El comité se reúne en Ginebra y normalmente celebra tres períodos de sesiones al año, que constan de una sesión plenaria de tres semanas y de un grupo de trabajo anterior al período de sesiones, que se reúne durante una semana.

(14) DINAH, Shelton. "Environmental issues and human rights in multilateral treaties adopted between 1991 and 2001", en MOLLAR, Marcos N., "La protección internacional del medio ambiente como derecho humano", *Revista de Derecho Ambiental, 19,* Ed. Lexis Nexis, julio/septiembre 2009.

bajo nivel socioeconómico, condiciones de vida inadecuadas y acceso deficitario a los servicios de salud, al agua y a la infraestructura sanitaria.

En resumen, a través de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño por ley 23.849 **(15)**, Argentina se comprometió a proteger y a asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, desarrollando e implementando acciones y políticas que atiendan el superior interés de estos (art. 3º, CDN), incluyendo también las de naturaleza ambiental.

II. La gestión ambiental como una herramienta de satisfacción de derechos

La gestión ambiental configura el momento en que el derecho ambiental se aplica y se hace vigente. Constituye la etapa de toma de decisiones y de acción, de concreción de los objetivos de la política ambiental y de los preceptos de la legislación.

La gestión ambiental se caracteriza (compartiendo esta característica con el derecho ambiental) por su transversalidad, lo que también se traduce en la existencia de diversos actores de esta.

La Constitución Nacional, en su art. 41 **(16)**, segundo párrafo, pone en cabeza de las autoridades públicas el deber de proveer a la protección del derecho a un ambiente sano y al logro del desarrollo sustentable. Este deber constituye el sustento de la gestión ambiental en su faz pública.

Una adecuada gestión tiende, en última instancia, al cumplimiento y concreción de los derechos ambientales humanos. El Estado aparece como garante de esos derechos, debiendo gestionar los desafíos ambientales que se presentan. Particularmente, ha previsto un sector de la administración de justicia, el Ministerio Público, que opera de forma esencial en la efectivización de la tutela de los derechos ambientales.

Y, dentro de este órgano, existe un sector especializado en infancia, cuya función es intervenir en cuestiones judiciales y extrajudiciales en las que los derechos de la niñez se encuentren amenazados o vulnerados. Nos referimos a la rama pupilar del Ministerio Público. Entendemos que, en casos de vulneración de derechos ambientales de la infancia, el accionar de los asesores de incapaces tendiente al restablecimiento del derecho vulnerado coparticipa de esa gestión ambiental pública reclamada por la Constitución.

III. El interés superior del niño como una variable transversal

En materia de protección integral de la infancia, existe un principio elemental que está llamado a guiar las decisiones del Estado. Se trata del "superior interés del niño", receptado por el primer apartado del art. 3º **(17)** de la CDN, que reza: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se

(15) Cita online: AR/LEGI/1R10.

(16) Art. 41 CN: "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".

(17) Art. 3º de la CDN: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

atenderá será el interés superior del niño". Por su parte, la ley 26.061 lo recepta también en su art. 3º **(18)**.

La opinión consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que la CDN alude al interés superior del niño "como punto de partida para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones de los Estados y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos".

Este principio rector otorga a los niños, niñas y adolescentes el derecho a que su interés —que se considera superior con relación a cualquier otro— sea especialmente tenido en cuenta de manera prioritaria en todas las medidas o decisiones que lo (o "los") afecten, tanto en el ámbito público como privado.

El término "niños" (plural) implica que el derecho a que se atienda debidamente a su interés superior no solo deba aplicarse a los niños con carácter individual, sino también con carácter general o como grupo. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño señala que el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual **(19)**. Por consiguiente, los Estados partes tienen la obligación de evaluar y tener en cuenta como consideración primordial el interés superior de los niños como grupo o en general, en todas las medidas que les conciernan.

En este contexto, el superior interés del niño se convierte para los países signatarios de la CDN en una especie de faro que debe iluminar su camino, y a este mandato no escapan las decisiones y medidas de naturaleza ambiental.

El Comité de los Derechos del Niño **(20)** entiende el superior interés del niño como un triple concepto. Es decir que se trata simultáneamente de:

"a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El art. 3º, párr. 1º, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

"b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

"c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de

(18) Art. 3º.— Interés superior. "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

(19) Observación general 14/2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Comité de los Derechos del Niño. En www2.ohchr.org.

(20) Observación general 14/2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Comité de los Derechos del Niño. En www2.ohchr.org.

adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, que se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos" (observación general 14/2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Comité de los Derechos del Niño).

Así, su recepción exige que los Estados signatarios de la CDN adopten activamente en sus sistemas administrativos, legislativos y judiciales medidas que apliquen sistemáticamente ese principio. Ello obliga a realizar un estudio y una ponderación previos, anticipándose a las consecuencias de las decisiones a adoptar, en aras de proteger y asegurar ese superior interés.

La obligatoria aplicación sistemática de este principio incluye todas las medidas de las instituciones públicas y, particularmente, los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños. Deberán arbitrarse, entonces, todos los medios necesarios para garantizar que las decisiones judiciales y administrativas, así como también las políticas y la legislación relacionadas con los niños, dejen patente que su interés superior ha sido una consideración primordial (ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión).

Ampliando lo dicho, al hacer referencia el art. 3º de la CDN a "todas las medidas", debe entenderse que se incluyen no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, procedimientos, servicios y demás iniciativas de un Estado. Ahora bien, ¿debemos considerar que este principio rector debe aplicarse solo a las medidas relacionadas directamente con los niños y dirigidas exclusivamente a ellos (por ejemplo, resoluciones judiciales sobre temas como adopciones, políticas públicas sobre servicios de atención a la salud, escolaridad, etc.)? ¿O debemos interpretar el mandato internacional de una manera más amplia?

La respuesta es evidente. La obligación jurídica de un Estado parte de la CDN de atender prioritariamente al superior interés de los niños no puede quedar circunscripta a aquellas medidas que conciernen exclusiva y directamente a la infancia, sino que —muy por el contrario— se extiende a aquellas que repercuten tanto directa como indirectamente sobre los niños y que a la vez afectan también a personas adultas, como es el caso de las cuestiones ambientales.

Ahora bien, es lógico afirmar que —en términos generales— todas las medidas que adopta un Estado afectan de alguna u otra manera a los niños (pensemos en aquellas de tipo económico, o sobre transporte o vivienda, etc.). Ello no significa que cada medida que adopte el Estado deba prever un proceso completo y oficial para evaluar y determinar el interés superior del niño. Sin embargo, cuando una decisión vaya a tener repercusiones importantes en uno o en varios niños, sí será preciso adoptar un mayor nivel de protección y procedimientos detallados para asegurar que se tenga en cuenta su interés superior. Y esto resulta de singular importancia en materia ambiental.

Continuando con el análisis del art. 3º de la CDN, al hacer referencia a "las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", no debe realizarse una interpretación restrictiva ni limitarse a las instituciones sociales *stricto sensu*, sino que deben incluirse todas las instituciones cuya labor y cuyas decisiones repercuten en los niños y en la efectividad de sus derechos. El término "instituciones" abarcará, entonces, aquellas relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales (como la asistencia, la salud, el medioambiente, la educación, las actividades comerciales, el ocio y el juego, por ejemplo), y también las que se ocupan de los derechos y las libertades civiles (por ejemplo, el registro de nacimientos y la protección contra la violencia en todos los entornos). Las instituciones privadas de bienestar social incluyen las organizaciones

del sector privado (con o sin ánimo de lucro) que intervienen en la prestación de servicios esenciales para que los niños disfruten de sus derechos y que actúan como alternativa a los servicios públicos, en nombre de ellos, o junto con ellos **(21)**.

Puntualmente, el Comité de los Derechos del Niño, en la observación que venimos analizando, pone de relieve que el alcance de las decisiones tomadas por las "autoridades administrativas a todos los niveles" es muy amplio y abarca, entre otras, las decisiones relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medioambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad.

Ahora bien, explica el Comité de los Derechos del Niño que la expresión "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. Ello se justifica por la situación especial de los niños como personas en proceso de desarrollo (dependencia, carencia de voz). En este sentido, es sabido que los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y que las personas que intervienen en las decisiones que los afectan deben tener en cuenta explícitamente esos intereses, que ellos no están en condiciones de hacer valer como los adultos **(22)**.

Surge de lo expuesto que el superior interés del niño resulta una variable transversal que debe tenerse en cuenta en todo tipo de decisión que un Estado signatario vaya a adoptar, incluidas las de tipo ambiental.

IV. El superior interés del niño en materia ambiental y su aplicación en algunos casos concretos en la provincia de Salta

El Comité señala en el punto 87 de la citada observación general 14/2013 que los Estados deben establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que lo afectan, incluidos mecanismos de evaluación de los resultados. Así, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada.

Considerando —como vimos anteriormente— que el superior interés del niño es, a la vez, principio y norma de procedimiento, en toda decisión del Estado deben establecerse y aplicarse siempre ciertas salvaguardias procesales que estén adaptadas a sus necesidades.

Creemos que, en materia ambiental, una forma de garantizar que se ha tenido en cuenta el superior interés del niño es justamente con la intervención del Ministerio Público Pupilar como garante de los derechos de la infancia. La evaluación del impacto en los derechos de los niños, niñas y adolescentes comprende la previsión de las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que los afecte, y debieran incluirse el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño.

Analizaremos a continuación algunas situaciones en el ámbito extrajudicial, que se dan en la provincia de Salta, en las que consideramos que no se encuentra debidamente representada la infancia, ni, por ende, tampoco tenido debidamente en cuenta su superior interés.

(21) Observación general 14/2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Comité de los Derechos del Niño. En www2.ohchr.org.

(22) Sin embargo, puesto que el art. 3º, párr. 1º, abarca una amplia variedad de situaciones, el Comité reconoce la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación. El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres). Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño.

IV.1. Consejo Provincial del Medio Ambiente

Se trata de un organismo creado por la ley 7070 [art. 26 **(23)**], cuyo fin es asesorar y aconsejar al Poder Ejecutivo provincial y a la autoridad de aplicación en temas ambientales.

Las funciones de este Consejo son, entre otras, dictaminar sobre temas ambientales en consultas previas, participar en mediaciones de controversias en temas ambientales, asesorar a organismos públicos o a entidades privadas en temas ambientales, sugerir adiciones o perfeccionamientos a la ley 7070, sugerir medidas de protección, defensa o mejoramiento del medioambiente y promover la difusión de temas ambientales en la provincia.

La ley 7070 y los decs. 1148 y 615/2010 definen su composición:

- Ocho miembros, representantes de las áreas de gobierno con incumbencia en la materia ambiental (designados por el PE a propuesta de la autoridad de aplicación).

- Tres representantes de las ONG ambientalistas con personería jurídica, debidamente habilitadas y registradas, que serán elegidos por estas.

- Dos representantes por las universidades.

- Tres representantes de las asociaciones empresariales.

Entre los representantes de las áreas de gobierno, se incluye a algunos ministros del Poder Ejecutivo (generalmente Economía, Producción, DD. HH.). El Ministerio Pupilar no se encuentra representado, por lo tanto, se puede decir que la infancia no se encuentra representada.

(23) Art. 26.— A fin de asesorar y aconsejar al Poder Ejecutivo Provincial y a la Autoridad de Aplicación en temas ambientales se crea el Consejo Provincial del Medio Ambiente, el que estará integrado por los representantes de: a) Las distintas áreas del Gobierno con incumbencia en cuestiones ambientales. b) Las Universidades. c) Las Organizaciones Ambientalistas no gubernamentales con personería jurídica. d) Las Asociaciones empresarias. El Poder Ejecutivo establecerá la integración y el número de miembros de cada uno de los sectores mencionados. La presidencia será ejercida por el Poder Ejecutivo Provincial.

IV.2. Audiencias públicas

La ley 7070/2000 de Protección Ambiental de Salta prevé la necesidad de celebración de una audiencia pública como requisito previo a la aprobación de determinados proyectos que, por su envergadura, requieren del consenso de la población, lo que se logra a través de este mecanismo de participación ciudadana.

La audiencia pública es un instituto creado para generar un ámbito adecuado para conocer la opinión simultánea y en pie de igualdad de todos los interesados, con respecto al tema objeto de la convocatoria, y para brindar información con respecto a este **(24)**.

La mencionada norma dispone en su art. 43 que, para la autorización de determinadas actividades, corresponde la presentación de un estudio de impacto ambiental y social, siempre que genere o que presente uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

a) Riesgo para la salud y para la seguridad de la población.

b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y la calidad de los recursos naturales renovables, incluidos la diversidad biológica, el suelo, el aire y el agua.

c) Proximidad del área de influencia de la iniciativa con asentamientos humanos, áreas naturales protegidas y áreas ecológicamente críticas.

d) Relocalización de asentamientos humanos o alteración significativa de los sistemas de vida y de costumbres de poblaciones posiblemente afectadas por la iniciativa.

e) Alteración significativa, en términos de magnitud geográfica y temporal, del valor paisajístico o turístico del área de influencia de la iniciativa.

f) Alteración de monumentos y sitios de valor histórico, antropológico, arqueológico y, en ge-

(24) ROSA, María Elisa — SAFAR, Elizabeth — GÁLVEZ, M., "Participación Ciudadana". V Jornadas Latinoamericanas sobre Medio Ambiente, Ed. Universidad Católica de Salta, 2009.

neral, considerados del patrimonio cultural de la provincia y de la nación.

g) Cualquiera de las características o circunstancias precedentes, en la medida que afecten a otras jurisdicciones provinciales, nacionales y extranjeras.

h) Toda actividad contenida en otras normativas vigentes o que, por vía reglamentaria, la autoridad de aplicación determine.

Más específicamente, el art. 64 del dec. 3097/2000, reglamentario de la ley 7070/2000, establece a través de un anexo las actividades que requieren estudio de impacto ambiental y social. El mencionado artículo dispone que la enumeración dada en el anexo es meramente enunciativa, pudiendo la autoridad de aplicación ampliar o completar el catálogo de actividades a través de una resolución dictada al efecto.

Ahora bien, el art. 49 del citado cuerpo normativo dispone que, con anterioridad a la emisión del certificado de aptitud ambiental para la habilitación de las iniciativas que requieran la presentación de un estudio de impacto ambiental, el organismo público competente deberá convocar, dentro de los 10 días de emitido o de recibido el dictamen técnico, a una audiencia pública.

A nivel provincial, el procedimiento de audiencias públicas se encuentra reglamentado por resolución 394/2007 de la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable - SeMADeS. Este reglamento prevé el modo en que deberá publicarse la convocatoria a audiencias. Si bien no está expresamente previsto en el reglamento, en la práctica —además de las publicaciones de rigor—, suelen cursarse invitaciones a las carteras del Poder Ejecutivo que pudieran resultar interesadas, teniendo en cuenta las características del proyecto.

Sin perjuicio de esto, el Ministerio Público no es tenido en cuenta como uno de los organismos que debieran ser invitados a participar de las audiencias

IV.3. Mesa Provincial de Arsénico (MEPROAS)

La provincia de Salta se caracteriza por estar afectada por la problemática del consumo de agua contaminada con arsénico (As), y que ha sido señalado como uno de los principales problemas de salud ambiental infantil a nivel local.

En este contexto, y como evidencia de la existencia de una clara preocupación por el tema, a nivel provincial, se ha generado una Mesa Provincial de Arsénico (MEPROAS), que funciona en el ámbito de la Secretaría de Recursos Hídricos de la Provincia de Salta (dependiente del Ministerio de Ambiente y Producción Sustentable), y cuyo objetivo es avanzar sobre la problemática. Se encuentra integrada por representantes de la Secretaría de Recursos Hídricos, del Ministerio de Economía y del de Educación de la provincia de Salta. Consideramos que resultaría imperativa la participación de un representante del Ministerio Público de Incapaces en la Mesa de Arsénico de la provincia.

V. Conclusiones

El superior interés del niño, como principio multicomprensivo, trata de asegurar la plena satisfacción de los derechos del niño; por ello, será adecuada a su interés toda acción o medida que tienda a respetar y a hacer efectivos todos sus derechos.

El principio del superior interés del niño cumple una función integradora de todas las normas, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio rector para la intervención del Estado, y para su toma de decisiones en general, erigiéndose en una variable esencial, que también afectará a las decisiones de naturaleza ambiental.

El principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y el carácter multidimensional del desarrollo del niño dan lugar a la construcción de un entramado institucional sistémico, que exige reforzar la cooperación entre todos los actores involucrados en ambas esferas (ambiente-infancia).

La evaluación del impacto en los niños, niñas y adolescentes debe incorporarse a todos los niveles en los procesos gubernamentales de formulación de políticas y otras medidas generales para garantizar la buena gobernanza en los derechos de la infancia.

Se pueden aplicar diferentes metodologías y prácticas al llevar a cabo la evaluación del impacto. Como mínimo, deben utilizarse la CDN y sus protocolos facultativos como marco, en particular para garantizar que las evaluaciones se basen en los principios generales y tengan especialmente en cuenta los efectos diferenciados que tendrán en los niños, niñas y adolescentes la medida o las medidas que se examinen, teniéndose especialmente en cuenta el derecho del niño a ser oído. La evaluación del impacto podría basarse en las aportaciones de los expertos en la materia, así como de los organismos públicos correspondientes, las investigaciones académicas y las experiencias documentadas en el propio país o en otros.

Consideramos que una de las formas de garantizar que el interés superior del niño sea adecuadamente valorado es propiciando la intervención del Ministerio Público de Incapaces (en cabeza de los asesores de incapaces) en espacios de decisión y participación relacionados con la temática ambiental, a los fines de asegurar la debida representación de la infancia.

Para ello, su rol y sus funciones deben ser resignificados a la luz de la normativa de protección integral de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes. Será necesario reinterpretar con conciencia y responsabilidad las funciones de los asesores de incapaces, a fin de que resulten armónicas con el ordenamiento jurídico de protección integral de los derechos de la infancia.

En este sentido, es preciso trabajar articuladamente con las distintas instituciones, para lograr un efectivo funcionamiento de la política pública local, realizando un exhaustivo monitoreo y seguimiento de aquella, interpelando a los responsables institucionales en caso de acción o de omisión del Estado, que vulnere sus derechos, siempre respetando las competencias de cada poder del Estado, sin sustituir las responsabilidades ajenas y generando un escenario de control horizontal entre las distintas agencias del Estado que intervienen cuando se trata de niños, niñas y adolescentes.

La supremacía del superior interés del niño como criterio de interpretación debe ser entendida de manera sistémica, ya que solo el reconocimiento de los derechos del niño "en su conjunto" asegura la debida protección integral; por eso, el derecho ambiental de los niños dará el puntapié inicial para comenzar a perfilar un nuevo rol del asesor de incapaces.

Para la gestión ambiental, el superior interés del niño debe dejar de ser un "objetivo deseable" para pasar a ser una garantía efectivamente aplicable, que asegure el derecho ambiental de la infancia. Por ello, hemos visto hasta aquí los diferentes espacios en que los asesores de incapaces podrían tener intervención, y analizaremos en el próximo capítulo la participación en el ámbito judicial que consideramos debe tener el Ministerio Público de Incapaces, y que en la práctica aún no se le ha otorgado.

Como venimos sosteniendo **(25)**, debe existir un enfoque de derechos humanos con perspectiva de infancia, que no convierta las reglas de protección de derechos en formulas vacías sin efecto práctico. Todas las áreas y niveles de gobierno tienen la responsabilidad de liderar en el establecimiento de políticas y programas que contribuyan a la sustentabilidad y a la promoción de un ambiente saludable para niños. Se destaca el superior interés del niño como ese eje transversal esencial que debe estar presente en cada decisión del Estado, ineludiblemente, cuestión que reviste particular importancia cuando hablamos de derechos ambientales de niños, niñas y adolescentes.

(25) ROSA, María Elisa, "Niños, niñas y adolescentes indígenas y su acceso a la justicia ambiental", en *Ambiente y pueblos indígenas: una mirada interdisciplinaria*, Ed. EUCASA, p. 141.

DERECHO PENAL AMBIENTAL

El maltrato animal en la producción de alimentos

Análisis jurídico-penal

Leaned Matos Hidalgo (*)
Roisbel Aroche Ginarte (**)
Alcides F. Antúnez Sánchez (***)

Sumario: I. Prólogo.— II. Decálogo para el bienestar animal en la producción de alimentos.— III. Tracto evolutivo de la protección de los animales. Marco regulatorio.— IV. El derecho penal. Regulación de los delitos contra el maltrato animal en el ordenamiento jurídico cubano.— V. Pautas para el perfeccionamiento.— VI. A manera de conclusiones.

I. Prólogo

En el último cuarto del siglo pasado, las concepciones de los animales no humanos en general y de los de compañía en particular han cambiado sustancialmente; existe una demanda social reivindicando respeto y derechos para los animales no humanos. Es por ello que desde la veterinaria se ha establecido un decálogo de bienestar animal en la producción de alimentos, que permita que los índices de producción aumenten y se respeten los derechos de los animales, aspectos que indudablemente trascienden a la esfera del derecho, para lo cual es necesario identificar la relación entre el derecho animal y el derecho ambiental, y si es posible considerar al derecho animal como una rama del derecho ambiental, o si ambos son excluyentes, desde el análisis del derecho animal en sus orígenes, y en su desarrollo social y jurídico a partir de su evolución histórica. Esta disquisición es analizada a partir de la concientización de los seres humanos por el bienestar de los animales, incorporado en los ordenamientos jurídicos por decisión de los Estados, al decir de autores como Mosterín **(1)**, Bellido Jara **(2)**, Campos Serena **(3)** y Martin Blanco **(4)**.

(*) Licenciada en Derecho. Profesora asistente de Derecho Penal, Departamento de Derecho, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de Granma, República de Cuba.

(**) Máster en Producción Animal. Profesor asistente de Producción Animal, Departamento de Zootecnia, Facultad de Ciencias Agropecuarias, Universidad de Granma, República de Cuba.

(***) Magíster en Asesoría Jurídica con mención en Derecho Administrativo Ambiental por la Universidad de Oriente. Profesor auxiliar de Derecho Ambiental e Internacional. Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma, República de Cuba.

(1) MOSTERÍN, Jesús, "Los derechos de los animales", Ed. Debate, Madrid, 1995.

(2) BELLIDO JARA, Consuelo — GÓMEZ BROWN, Hernán, "Los animales y su situación frente al derecho", *Revista de Derecho de Valdivia, Chile, 2007.*

(3) CAMPOS SERENA, Olga, "Más allá de una concepción instrumental del valor de los animales: la irracionalidad del paradigma humanista", *Revista de Filosofía, nro. 2, España, 2011, ps. 1-22.*

(4) MARTÍN BLANCO, Sara, "Reflexiones morales sobre los animales en la filosofía de Martha Nussbaum", *Revista Bioética y Derecho, nro. 25, España, 2012, ps. 59-72.*

El derecho animal ha emergido de manera paulatina en los países mediante la adopción de normas jurídicas en la materia y la creación de determinadas fundaciones internacionales. En 1979, la abogada estadunidense Tischler creó la fundación *Animal Legal Defense Fund*, reconocida como la primera organización dedicada a la promoción de la esfera del derecho de los animales y usando el derecho para proteger las vidas y defender los intereses de los animales; en este mismo *iter*, a mediados del siglo XIX, en Inglaterra se constata que se promulgaron las primeras leyes de protección a los animales domésticos.

Este derecho animal está concebido como el conjunto de derechos positivos y jurisprudenciales, en el cual el objeto del derecho es la naturaleza legal, social y biológica de los animales. En los últimos años, el estudio del derecho animal ha alcanzado un auge en su investigación y aplicación, debido al impulso realizado por las organizaciones ecologistas y protectoras de los animales, las que han exigido un tratamiento más considerado a los animales en virtud de la creencia de que estos poseen una estructura neuronal desarrollada y semejante a la que presenta el hombre; así, con evidencia, ya no pueden ser considerados desde el ámbito jurídico simplemente como cosas, pese a que en muchas legislaciones se los ve como tipos *sui generis* de cosas, tal y como refieren autores como Regan **(5)**, Pocar **(6)** y Trujillo Cabrera **(7)**.

Ante la realidad innegable de que los animales hacen parte del entorno y de la sociedad, y de que seguirán existiendo siempre, para que exista una buena convivencia con ellos deben regularse normas jurídicas al respecto que prohíban el maltrato en todas sus esferas y que lleven consigo medidas coercitivas ante conductas antijurídicas para lograr el respeto por los animales y una alimentación adecuada y sin violaciones en su proceso para los humanos.

En Cuba, en la búsqueda epistemológica realizada sobre esta temática, se constató que no existen investigaciones previas a partir del derecho ambiental que aborden un tema tan sensible como la crueldad y el maltrato animal en la producción de alimentos publicadas en revistas científicas de derecho, ni se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico el derecho animal y la criminalización de conductas por el derecho penal de manera adecuada; no ocurre así desde las ciencias veterinarias, donde se constatan estudios señalando la necesidad de su regulación, para que se propicie el bienestar a los animales ante las conductas inadecuadas de los ciudadanos y de las personas jurídicas **(8)**.

II. Decálogo para el bienestar animal en la producción de alimentos

Dentro de esta oleada interminable de violencia en el mundo, existe un tipo cuyas víctimas son las otras formas de vida, especialmente los animales no humanos; aunque esta forma de violencia ha sido ampliamente estudiada, parece pasar desapercibida ante nuestra sociedad, opacada por ese enorme monstruo que representa la violencia hacia nosotros mismos y la necesidad de producir alimentos sin percibir o respetar los derechos de los animales. Es por ello que, ante la atención a estos aspectos, las ciencias veterinarias han delimitado el siguiente decálogo para el bienestar animal en la producción de alimentos, por autores como Hammerstein **(9)**.

II.1. El bienestar animal, la calidad de los alimentos y la salud humana van de la mano

Calidad ética y calidad de los alimentos han de ir juntas. Los animales son víctimas silenciosas de nuestros modos de vida, producción y consumo. El modelo intensivo de producción de las granjas industriales, además de generar un

(5) REGAN, Tom, "Jaulas vacías: el desafío de los derechos de los animales", Ed. Fundación Altarriba Amigos de los Animales, España, 2006.

(6) POCAR, Valerio, "Derechos de los animales y derechos humanos", *Revista Teoría y Derecho,* nro. 6, España, 2009, ps. 20-28.

(7) TRUJILLO CABRERA, Juan, "El derecho de los animales en Colombia", *Revista Republicana,* nro. 7, Colombia, 2009, ps. 69-82.

(8) ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, "El derecho animal. Una aproximación jurídica desde el derecho ambiental cubano", *Revista Letras Jurídicas,* nro. 22, México, 2016.

(9) HAMMERSTEIN, David, "Diez pasos hacia una política de protección animal. Decálogo por el derecho de los animales", *Revista Europa en Verde,* Alemania, 2007.

sufrimiento animal que tiene las dimensiones de un holocausto, también produce sufrimiento humano: la diversidad de productos locales y regionales, frescos, cercanos, autóctonos y de alta calidad nutricional desaparece de nuestros mercados, a la vez que la masiva producción intensivo-química de alimentos genera numerosos efectos biocidas colaterales, y con ello graves problemas sanitarios y medioambientales. Una mejora en el bienestar y en las condiciones de vida de los animales durante la cría, el transporte y el sacrificio también repercutirá beneficiosamente sobre la calidad nutritiva final de la carne obtenida, los alimentos y la salud humana. Las prácticas del modelo mecanicista y artificializador presente en las granjas industrializadas de producción intensiva comporta un enorme e innecesario sufrimiento de animales vivos, y por ello han de sustituirse por otras formas productivas que, además de ofrecer condiciones de seguridad alimenticia, aporten mayores garantías de bienestar y salud tanto para los animales como para los consumidores humanos.

II.2. De los animales con vidas miserables a los animales con vidas felices

Se trata de pasar del sufrimiento animal generalizado mediante la producción intensiva de animales y de carne al bienestar animal en todos y cada uno de los eslabones del ciclo de la cadena productiva: desde el nacimiento y la crianza hasta el transporte y sacrificio. Son necesarias mejoras en el trato y las condiciones de vida de los animales criados para la alimentación humana de manera que se atiendan sus necesidades vitales, permitiendo sus comportamientos naturales básicos para el buen desarrollo y bienestar de cada individuo. Deben desaparecer las experiencias organizadas de crueldad y de miedo que innecesariamente crean padecimientos constantes y enfermedad en los animales de las granjas industriales, como seres vivos sintientes que son. Deben eliminarse las prácticas violentas de encierro, aislamiento y amputación de sus cuerpos con castraciones y cortes de pico sin anestesia, marcado a fuego, manipulaciones genéticas para que produzcan más, hormonas para que crezcan rápidamente, aire saturado de amoníaco y convivencia con el propio excremento. En el caso de los pollos y gallinas de granja ha de establecerse un descanso de 6 horas en oscuridad absoluta por cada 24 horas, y los polluelos deben tener elementos que favorezcan la actividad de los animales, su salud y bienestar (por ejemplo, introduciendo balas de paja).

II.3. Del incumplimiento de la legalidad sobre el bienestar animal al control y normativas legislativas con poder sancionador

Urgen medidas de inspección y de aplicación de sanciones correctivas contra las prácticas de crueldad por el incumplimiento de las directivas europeas sobre el bienestar animal en el transporte y el sacrificio de los animales vivos. En el matadero, los animales huelen y ven las matanzas de los individuos que les preceden, escuchan y perciben sus gritos y dolor. Todos los métodos de aturdimiento previo previstos por la legislación, si es que se usan, no aseguran el desvanecer de los animales, y en la gran mayoría de los casos están conscientes cuando se cortan sus yugulares, muchas veces colgados boca abajo de una pata.

II.4. Del sistema de jaulas de cría de animales de granja a su prohibición legal

Se trata de eliminar las privaciones, el miedo, el *stress* y el confinamiento en masa en las vidas de los animales. El hacinamiento les impide moverse y expresar sus preferencias, y con ello tampoco pueden tener una espontánea y natural socialización con los individuos y grupos de su especie. También las llamadas jaulas enriquecidas deben ser prohibidas, ya que no garantizan un espacio suficiente para moverse y no permiten a las gallinas muchos comportamientos naturales e instintivos.

II.5. Del maltrato animal de la producción intensiva a la información, la reflexividad y el aprendizaje sobre prácticas responsables con el bienestar animal

La educación ambiental sobre el bienestar animal ha de estar presente en las ofertas públicas especializadas de capacitación laboral agrícola y agroalimentaria con programas de formación e instrucción dirigidos a productores e impulsados por instituciones, sindicatos, agroindustria y asociaciones de consumidores. Los productores ganaderos y granjeros han de poder acceder a los conocimientos y el uso prudente de recursos con los que poder detectar y

corregir los problemas relacionados con el bienestar de los animales. Para un cambio social y cultural profundo y arraigado a favor de una ética y valores ampliados que incluyan la preocupación por el bienestar de otros seres vivos, es importante comenzar cuanto antes. El sistema de enseñanza ha de comprometerse en esta inmensa tarea urgente de innovación y socialización desde la más tierna infancia, desde los huertos y granjas escolares hasta los estudios, especialidades e investigación universitarias.

II.6. De las subvenciones europeas directas a la producción intensiva de animales a la eco-condicionalidad del bienestar animal

Las concesiones de las ayudas europeas deben supeditarse al estricto cumplimiento de la legislación europea sobre el bienestar animal. También en la importación europea de animales y alimentos de otros países debe garantizarse la eco-condicionalidad del bienestar animal, y la Unión Europea (UE) ha de defender esta posición ante la Organización Mundial de Comercio (OMC). En los mercados globales deben eliminarse las subvenciones públicas a la exportación de animales vivos. Las ayudas públicas a la producción basada en el sufrimiento animal constituyen un *dumping* socioeconómico que lesiona la competitividad de los productores con bienestar animal, además de distorsionar y rebajar artificialmente los precios del mercado, impulsando así el hundimiento de las economías de países pobres.

II.7. Del transporte de animales vivos a largas distancias al transporte de vísceras, despojos y refrigerados

El transporte no ha de superar las 8 horas en total, o los 500 km de recorrido, desde el punto de salida al de destino, tanto para animales de matadero como para animales de engorde. El sacrificio ha de hacerse en mataderos cercanos a las explotaciones de crianza, especialmente si el destino es a terceros países que no están adheridos a los convenios internacionales para la protección de los animales. Se ha de acabar la imagen cotidiana de camiones abarrotados con animales vivos apelotonados y asustados que salen de las granjas industriales camino del sacrificio y hacen largos trayectos sin comida ni agua, hacinados, empujados y ajetreados por el viaje. La exportación de animales vivos para consumo debe ser sustituida por canales refrigerados.

II.8. Del gigantismo industrial de la producción a gran escala basado en el sufrimiento animal a las pequeñas y locales industrias alimentarias

La pequeña producción local y regional, además de sufrir el acoso de la legislación europea en materia de exigencias de higiene, también afronta la desventaja comparativa de los altos costes que lastran su competencia en mercados globales. Con el desarrollo de ayudas específicas a los productores con prácticas de bienestar animal se fomentarán la mejora de las condiciones de vida de los animales de granja, el desarrollo de la economía rural y la mayor rentabilidad de los pequeños productores ganaderos y agricultores. Al premiar los esfuerzos dirigidos al bienestar animal, este dejará de percibirse como un simple coste económico añadido al conjunto de la actividad productora y ganadera. Se trata de convertir las prácticas del bienestar animal en un valor añadido de calidad en los productos y en fuente de diversificación, favoreciendo conjuntamente la economía de los productores locales y el bienestar de los animales y los consumidores humanos.

II.9. Del consumidor voraz y desinformado al nuevo consumidor que practica una ciudadanía reflexiva, responsable y ética

El consumo individual puede incorporar los valores éticos añadidos de bienestar animal en la elección de los productos, y con ello no reducir la compra a una comparación cuantitativa entre precios y calidades. Este nuevo consumidor pone en práctica nuevos valores sociales y medioambientales, no reducibles a la rentabilidad económica, y con ello se expresan y fomentan unas nuevas formas sociales y culturales de ciudadanía responsable y solidaria a favor de la protección del bienestar animal.

II.10. De la desinformación sobre la composición, procesos e historia de los alimentos al sello de garantía de buenas prácticas de bienestar animal en el etiquetado

Mediante un claro y completo etiquetado deben ampliarse las opciones del consumidor

individual y garantizarse los derechos a la información de los consumidores, y contribuir con ello a una opinión pública informada y a un mayor sentido de responsabilidad por parte de los consumidores individuales. El etiquetado ha de incorporar una amplia información no manipulada y comprensible sobre los tratamientos tecnológicos y los ingredientes nutrientes naturales y las sustancias químico-sintéticas añadidas en los productos alimenticios de la agroindustria. En el etiquetado se ha de incluir un sello o marca de garantía de bienestar animal; con ello se amplían el conocimiento y las opciones por parte de las consumidoras y consumidores en actos de compra que también expresan valores prácticos de conexión y protección con los seres vivientes que se producen para alimento humano.

De igual manera, para realizar la función sanitaria e inspectora o forense del veterinario, el GEVHA, en relación con la Asociación Americana de Medicina Veterinaria y la Asociación Canadiense de Medicina Veterinaria, establecen una serie de indicadores de maltrato animal, como siguen a continuación:

- *Indicadores de comportamiento:* miedo extremo, agresión, sumisión, esconderse.

- *Indicadores por negligencia u omisión:* desnutrición, pelo enredado, cascos o uñas largas, heridas crónicas, heridas infectadas por gusanos, enfermedades no tratadas, suciedad general.

Criterios que son de considerable valor para la regulación jurídica de los derechos de los animales en esta esfera.

III. Tracto evolutivo de la protección de los animales. Marco regulatorio

En el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano en Roma se encuentra la consideración de los intereses de los animales, al reflejar: "El derecho natural es aquello que es dado a cada ser vivo y que no es propio al ser humano". Se puede constatar que en la antigua Roma no se consideraba que fueran personas, ni mucho menos que tuvieran derechos, los esclavos; por lo tanto, iba a ser mucho más complicado que los animales pudieran tener alguna clase de respeto por parte de sus amos. La idea de "derechos de los animales" tenía aún menos relevancia en la vida cotidiana de la antigua Roma. Animales vivos eran preparados para la comida, y se mató a miles de animales por diversión en los famosos juegos romanos.

En Grecia, se dividían las opiniones filosóficas clásicas en varios caminos. Una élite antropocéntrica sostenía la genealogía divina del hombre; otros afirmaban que hombres y animales compartían almas semejantes; los demás los asimilaban a cosas, como los romanos, de donde el derecho tomó la concepción de *res*, *rei*, con el sentido de cosas o bienes sobre los cuales el hombre impera con su dominio.

Aristóteles **(10)** planteaba en su teoría biológica que solo el hombre tiene vida racional, idea seguida por la mayor parte de la doctrina tradicional del derecho; solo en el ser humano se dan conjuntamente la inteligencia y la voluntad, características que le otorgan libertad para accionar de acuerdo con su propia opción moral, lo que los transforma en sujetos con responsabilidad. Esta es la razón por la que únicamente los seres humanos pueden ser titulares de derecho, excluyéndose de esta consideración a los animales. Se aprecia cómo desde la Antigüedad los animales han sido catalogados como cosas para el derecho, como simples objetos susceptibles de apropiación material y, por ende, de su libre disposición. Este hecho no es de extrañar, si analizamos que el propio hombre esclavizó durante siglos a los de su misma especie, por lo que, entonces, *¿por qué tendría consideración alguna con seres vivos distintos a nosotros?*

En el derecho romano se concebía a los animales como cosas muebles o semovientes, condición que compartían con los esclavos, quienes eran considerados igualmente puros objetos. Los animales se clasificaban en tres grupos: animales fieros o salvajes (*ferae bestiae*): eran aquellos que gozaban de libertad natural y podían ser apropiados por cualquier persona; los animales amansados o domésticos (*mansuetae* o *mansuefactae*): que, aunque gozaban de libertad, se encontraban bajo el control del hombre, mientras conservan la cos-

(10) ARISTÓTELES, "Acerca del alma", Ed. Gredos, Madrid, 1988.

tumbre de volver a su dominio (*animus revertendi*); y los animales domésticos: eran los que se encontraban continuamente bajo la potestad del hombre.

Mahoma consideraba permisible matar animales, aunque hacerlo sin necesidad aparente o con crueldad fue prohibido. Las sociedades hindúes y budistas desde el siglo III a. C. proclamaron un vegetarianismo amplio, refiriéndose al principio de *ahimsa*, el principio de no violencia. Por la equivalencia moral de animales y seres humanos, unos reyes construyeron hospitales para animales enfermos. Matar a una vaca fue un delito tan serio como matar un hombre de alta casta; matar a un perro, tan serio como matar a un intocable. El amor y la compasión son las creencias budistas más importantes, lo que explica por qué tantos budistas son vegetarianos.

El punto de vista del budismo hacia los animales es ilustrado mejor en las historias *jataka* (lecciones budistas), en las que se cuenta que Buda fue diferentes animales en encarnaciones previas. Las historias dicen que es igual matar animales que matar humanos, ya que, como Buda, todos hemos encarnado en la forma de animales. Al igual que los *Vedas*, la ley budista del *karma* también dice que aquellos que causen violencia y sufrimiento a seres vivos experimentarán el mismo dolor en algún momento en el futuro.

Otra fe con fuerte tradición de bondad y consideración hacia los animales es el judaísmo. Algunos profetas judíos, tales como Amós y Miqueas, hablaron en contra de los sacrificios de animales, y muchos héroes judíos fueron elegidos por Dios debido a su amor a los animales. El *Talmud*, el libro sagrado de la ley cívica y ceremonial de los judíos, dice que antes de que el hombre se siente a la mesa debe alimentar primero a sus animales, porque no lo pueden hacer por sí mismos. Él declara que la sangre no es apta para el consumo humano y, en consecuencia, el proceso del sacrificio es complicado.

Algunas religiones, tales como los sufíes y bahaís, han elegido el vegetarianismo porque lo ven como el máximo ideal espiritual. El profeta Mahoma, aunque fue vegetariano y enfatizó la compasión universal, condenando y evitando muestras de crueldad hacia los animales, no enseñó a la gente a evitar la carne por temor a desanimarlos a seguir la fe **(11)**.

El cristianismo es otra fe que no es fuertemente vegetariana, aunque sus enseñanzas parecieran apoyar la idea. Los primeros cristianos seguían atentamente las Escrituras, que ordenaban una forma de vida estrictamente sin carne. Algunas teorías dicen que el mismo Jesús era vegetariano. Algunos movimientos religiosos que pertenecen a esta religión son los ortodoxos (pueblos: eslavos, griegos y balcánicos-orientales), protestantes (pueblos: germanos y anglosajones) y los católicos (ver Fernández Bulté, Carreras Cuevas, Yáñez García).

Se valora que el derecho ambiental nació reconociendo realidades y esgrimiendo reclamos revolucionarios. Se reconoció, como un requisito para disfrutar de una vida digna, el derecho a un medio de calidad, donde el hombre pueda ejercer sus derechos a la libertad, la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas. En consecuencia, en 1987, el Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) adoptó la decisión de presentar ante la Asamblea General el Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente, bajo el título de "Nuestro futuro común", conocido como "Informe Brundtland", y retomó la Carta Mundial el derecho de la diversidad biológica.

Con posterioridad, la Cumbre de la Tierra de 1992 generó varios instrumentos jurídicos internacionales; se constata en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, donde se estableció un marco jurídico y un reglamento eficaz, para luego entrar en vigor la Convención sobre la Diversidad Biológica en 1993 y el Convenio de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático en 1992, los que han seguido evolucionando con el tiempo hasta la Cumbre del Clima celebrada en París en el 2015 [ver Rey

(11) MASRI, Al-Hafiz Basheer A., "Preocupación islámica por animales", Ed. Athene Trust, 1987.

Santos **(12)**, Caraballo Maqueira **(13)**, Antúnez Sánchez **(14)**].

El hecho de que el derecho ambiental presente autonomía científica y didáctica y una rica normatividad es la expresión indubitable de su existencia como ciencia y rama jurídica. Se lo considera como una nueva rama jurídica que regula la conducta humana estableciendo principios, exigencias, normas y prescripciones jurídicas, otorgando a los sujetos los derechos, las atribuciones y prohibiciones: es el instrumento, la herramienta legal que regula y autorregula el comportamiento humano ante la conservación de la diversidad biológica, como se señalara en los estudios realizados desde 1998 del pasado siglo hasta 2016, por juristas como González Novo **(15)**, Fernández Rubio-Legrá **(16)**, Ayes Ametller **(17)**, Di Cagno **(18)**, Hernández Torres **(19)**, Toledano Cordero **(20)**, Cánovas González **(21)**, Soler del Sol **(22)**, Rey Santos **(23)**, Caraballo Maqueira **(24)** y Antúnez Sánchez **(25)** desde la perspectiva del derecho ambiental en la Nación cubana, en especial sobre el tema del bienestar de los animales.

Se justiprecia cómo el aporte del concepto de desarrollo sostenible —a partir de que este constituye un megaprincipio para el derecho ambiental moderno a tener en cuenta por la Administración Pública ante los nuevos paradigmas— es uno de sus mayores pasos de avance, al ampliar su ámbito y motivar al Estado vigilante en su ejecución de las variables sociales y económicas, asunto con el que el derecho no estaba acostumbrado a lidiar, aunque aún no se tenga una respuesta adecuada en cuanto a la protección del medio ambiente como un bien público de uso colectivo desde su reconocimiento en los textos constitucionales y en el desarrollo normativo de cada Nación, como lo han ido ponderando autores como Brañes Ballesteros **(26)**, Martín Mateo **(27)**, Bellorio Clabot **(28)**, Martín-Retortillo Báquer **(29)**, Her-

(12) REY SANTOS, Orlando, "El desarrollo del constitucionalismo ambiental en Latinoamérica", Ed. PNUMA, 2008, ps. 23-38.

(13) CARABALLO MAQUEIRA, Leonel, "El derecho ambiental. Realidades y esperanzas", Ed. Acuario, La Habana, 2014.

(14) ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, "El derecho animal...", ob. cit.

(15) GONZÁLEZ NOVO, Teresita, "Cuba, su medio ambiente después del medio milenio", Ed. Científico-Técnica, La Habana, 1998.

(16) FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRÁ, Ángel, "Ley 81 de 1997, del Medio Ambiente. En más de 150 preguntas y respuestas", Ed. Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

(17) AYES AMETLLER, Gilberto, "Medio ambiente: impacto y desarrollo", Ed. Científico Técnica, La Habana, 2003.

(18) DI CAGNO, Vittorio, "La protección del medio ambiente en Cuba", Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2005.

(19) HERNÁNDEZ TORRES, Vivian, "Marco institucional ambiental. Derecho ambiental cubano", Ed. Félix Varela, La Habana, 2007.

(20) TOLEDANO CORDERO, Dagniselys, "El derecho al disfrute de un medio ambiente sano. Reconocimiento constitucional y formas de garantía", Ed. Universidad de La Habana, La Habana, 2012.

(21) CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, "Necesidades y potencialidades del derecho ambiental cubano", Ed. CITMA, Cuba, 2012.

(22) SOLER DEL SOL, Alfredo, "El derecho al alcance de todos. Ley 81, Ley del Medio Ambiente", Ed. ONBC, La Habana, 2013.

(23) REY SANTOS, Orlando, "Fundamentos del derecho ambiental", Ed. CIABO, La Habana, 2013.

(24) CARABALLO MAQUEIRA, Leonel, "El derecho ambiental. Realidades y esperanzas", Ed. Acuario, La Habana, 2014.

(25) ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, "El derecho animal...", ob. cit.

(26) BRAÑES BALLESTEROS, Raúl, "La fundación del derecho ambiental latinoamericano", Ed. PNUMA, México, 1997.

(27) MARTÍN MATEO, Ramón, "Tratado de derecho ambiental", 2ª ed., Ed. Trivium, Madrid, 1998.

(28) BELLORIO CLABOT, Dino, "Tratado de derecho ambiental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, 1ª ed.

(29) MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, Lorenzo, "Derechos fundamentales y medio ambiente", Ed. Universidad Complutense de Madrid, España, 2006.

nández Torres **(30)**, Rey Santos **(31)**, Quirola Suárez **(32)**, Afonso da Silva **(33)**, De Medeiros García **(34)**, Fix-Zamudio **(35)**, Zaffaroni **(36)**, Villavella Armengol **(37)**, Foy Valencia **(38)**, Toledano Cordero **(39)** Cafferatta **(40)**, Franciskovic Ingunza **(41)** y Bellorio Clabot **(42)**, desde el siglo XX hasta la actualidad, entre los aportes de mayor relevancia desde el derecho constitucional en Hispanoamérica.

A partir de allí, son reconocidos tres grandes problemas ambientales globales y su incidencia en la biodiversidad: el agotamiento de la capa de ozono, el calentamiento global y la pérdida de diversidad biológica. La pérdida de diversidad biológica ha constituido un fenómeno a lo largo de todos los tiempos, desde el nacimiento de las formas de vida en la Tierra; sin embargo, ha sido producto de sucesos en su mayoría naturales, como los cambios climáticos extremos en el planeta, las erupciones volcánicas y la caída de meteoritos, entre otros. Las cifras de especies animales amenazadas en peligro de extinción se ubican cerca de 5.500 cada año; de ahí la necesidad de su protección adecuada, como lo han ponderado Brañes Ballesteros, Bustamante Alsina **(43)**, Martín Mateo **(44)**, Betancor Rodríguez **(45)**, Pigretti, Prieur **(46)**, Bellorio Clabo **(47)**, De Besa Antunes, Soriano García, Brufao Curiel **(48)**, Di Trindade Amado, Beltrao, Silveira da Rocha Sampaio **(49)**, Parejo Alfonso **(50)** y Lozano Cutanda **(51)**, en sus estudios sobre el desarrollo y la evolución del derecho ambiental en el contexto internacional y en el de cada país.

Se conoce como derechos de los animales a las ideas postuladas por corrientes de pensamiento y a la subcorriente del movimiento de liberación animal, que sostienen que la naturaleza animal es un sujeto de derecho; la novedad

(30) HERNÁNDEZ TORRES, Vivian, "Marco institucional ambiental...", ob. cit.

(31) REY SANTOS, Orlando, "El desarrollo...", ob. cit., ps. 23-38.

(32) QUIROLA SUÁREZ, D., "*Sumak kawsay. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza*", Ed. Abya-Yala, Ecuador, 2009.

(33) AFONSO DA SILVA, J., "Derecho ambiental constitucional", Ed. Método, Brasil, 2009.

(34) DE MEDEIROS GARCÍA, L., "Derecho ambiental constitucional. El derecho interno ambiental a partir de la protección constitucional", 2ª ed., Ed. Jus Podivm, Brasil, 2010, ps. 133-204.

(35) FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Los derechos humanos y su protección jurídica en Latinoamérica", *Revista Ciencias Jurídicas,* Ed. UNAM, México, 2010.

(36) ZAFFARONI, Eugenio, "La Pachamama y el humano", 1ª ed., Ed. Madres de la Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2011.

(37) VILLAVELLA ARMENGOL, Carlos, "Los derechos humanos y el medio ambiente: su tratamiento en el derecho constitucional comparado", *Revista Electrónica de Estudios Jurídicos* CUBALEX, Ed. UNJC, La Habana, 2011, ps. 1-10.

(38) FOY VALENCIA, Pierre, "La Constitución y el animal, ensayo jurídico", Ed. Universidad de Lima, Perú, 2012.

(39) TOLEDANO CORDERO, Dagniselys, "El derecho al disfrute...", ob. cit.

(40) CAFFERATTA, Néstor, "Análisis del marco regulatorio en los países de América Latina y el Caribe. Economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza", Ed. PNUMA, 2013.

(41) FRANCISKOVIC INGUNZA, Beatriz, "Protección jurídica y respeto al animal: Una perspectiva a nivel de las constituciones de Europa y Latinoamérica", *Revista de la Facultad de Derecho, nro. 8, Ed. Universidad Femenina del Sagrado Corazón-Unifé,* Puerto Rico, 2013.

(42) BELLORIO CLABOT, Dino, "El nuevo paradigma ambiental y jurídico", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales,* Argentina, 2013.

(43) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Derecho ambiental, fundamentación y normativa", 1ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995.

(44) MARTÍN MATEO, Ramón, "Tratado...", ob. cit.

(45) BETANCOR RODRÍGUEZ, A., "Instituciones de derecho ambiental", Ed. La Ley, Madrid, 2001.

(46) PRIEUR, M., "Derecho del medio ambiente", 5ª ed., Ed. Dalloz-Sirey, París, 2003.

(47) BELLORIO CLABOT, Dino, "Tratado...", ob. cit.

(48) SORIANO GARCÍA, José E. — BRUFAO CURIEL, Pedro, "Claves de derecho ambiental", 1ª ed., Ed. Iustel, España, 2010, 3 tomos.

(49) SILVEIRA DA ROCHA SAMPAIO, Rómulo, "Direito ambiental", Ed. Elsevier, Brasil, 2011.

(50) PAREJO ALFONSO, Luciano, "El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública", Ed. Aranzadi, España, 2013.

(51) LOZANO CUTANDA, B., "Tratado de derecho ambiental", Ed. CEF, España, 2015, 1ª ed.

reside en que esta categoría solo ha pertenecido a personas naturales y jurídicas, es decir, el ser humano. Los humanos siempre han tratado de darles a los animales una consideración especial; ejemplo de ello es la domesticación. En algunas culturas son considerados sagrados, pasando por el trato ético o el bienestar animal, hasta considerar que los animales merecen derechos tradicionalmente reconocidos solo a los humanos; y hay otras en las que se pasa al otro extremo, donde se utiliza a los animales según les plazca o puedan servirles.

No se debe confundir el derecho de animales como parte de la doctrina jurídica, toda vez que en algunos países, de acuerdo con el marco jurídico, el objeto de derecho es la libertad de conducta de los animales en su ambiente natural y el trato que reciben en un hábitat humano. Es aceptable la idea de que los animales puedan ser explotados por los humanos para comida, vestido u otras razones; esta proviene básicamente de tres fuentes principales: la costumbre de muchos pueblos de las primeras etapas de la vida humana en la Tierra, consistente en conseguir comida de la caza y la pesca y, posteriormente, de la ganadería; el concepto teológico de dominio basado en el *Génesis* (1:20-28), donde es dado a Adán el dominio sobre el mundo no humano; y la suposición de que los animales no pueden poseer derechos porque no tienen capacidades tales como razonamiento, lenguaje o conciencia. Dicha suposición es contestada por los defensores de los animales mediante el argumento de casos marginales.

Se valora que el derecho animal constituye la rama del derecho que regula la protección de los animales no humanos. Los derechos de los animales son un tema controvertido, debido a que no existe consenso sobre ellos ni acuerdos internacionales al respecto que los regulen, como ha sido con el derecho ambiental. Independientemente de ello, las posturas heredadas de las Conferencias Internacionales sobre el Medio Ambiente dieron inicio al surgimiento del derecho ambiental; así, la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano, de 1972, donde se regula y nace la cultura antropocentrista, defiende: "De todas las cosas en el mundo, los seres humanos son lo más valioso. Ellos son quienes promueven el progreso social, crean riqueza social, desarrollan la ciencia y la tecnología y, con su duro trabajo transforman el medio ambiente" ; o la cultura biocentrista expuesta en la Declaración de Nairobi de 1982, donde se establece: "Toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral". Cualquiera de las dos posturas planteadas anteriormente defiende de cierto modo la protección de los animales no humanos; lo que varía es el alcance jurídico de dicha protección **(52)**.

Aunque estos conceptos son propios del derecho ambiental, y no directamente del derecho animal, estos se extienden al ámbito de regulación de dicha materia. En lo personal, los autores se afilian a la supremacía de la cultura biocentrista por sobre la cultura antropocentrista, por lo que se considera que será necesaria la protección de los animales, independientemente de los beneficios que estos aporten al ser humano.

Estas lecturas permiten plantear la interrogante de este ensayo jurídico*: ¿tienen derecho los animales?* En su libro *Liberación animal,* Singer **(53)** afirmó que el principio básico de igualdad no requiere de un trato igual o idéntico, solo requiere de una consideración igual. Esta es una diferencia importante cuando se habla de los derechos de los animales. A menudo, la gente se pregunta si los animales deben tener derechos. La respuesta es sencilla: sí, definitivamente, los animales merecen vivir su vida sin sufrimiento y sin explotación. Los animales han sido y siguen siendo considerados, en la mayoría de los países del mundo, como bienes o cosas corporales, bajo la denominación de semovientes, o sea, cosas que tienen la aptitud de moverse o trasladarse de un lugar a otro por sí mismos.

Se considera que los animales tienen derecho a una vida sin sufrimiento. A efectos de entenderlo, en este ensayo jurídico se la ha asimilado a la vida digna de la cual gozan los seres de la especie humana: aunque debería existir igualdad, esta no se presenta, ya que no todos los

(52) REY SANTOS, Orlando, "Fundamentos...", ob. cit., p. 51.

(53) SINGER, P., "Liberación animal", Ed. Trotta, Madrid, 1999.

seres humanos cuentan con las mismas situaciones de vida; por lo tanto, no todos pueden acceder a lo mismo: para ciertas personas algo se puede considerar vital o digno, y para otras no. Todo varía según la clase social, el entorno en que se encuentren, la situación económica y las creencias o gustos que cada quien tenga [Mosterín **(54)**, Wolf **(55)**, De Lora **(56)**, Pérez Monguió **(57)**, León-Guzmán **(58)**, Estrada Celsi **(59)**, Avellaneda Vásquez, Peñuela Navarrete **(60)**, Brels **(61)**, Capo Martí **(62)**, Martín Blanco **(63)** y Rabal Méndez **(64)**].

Lo descrito debería aplicarse a los animales: estos deben ser considerados cada uno como tal, como un animal no humano, que siente, sufre, tiene necesidades que deben ser atendidas; deben tenerse en cuenta su vida, el servicio para el que fue creado, para de ese modo tener un trato respetuoso hacia ellos y combatir cualquier circunstancia que genere sufrimiento, ya que por el simple hecho de que estos individuos no hablen ni razonen no podemos caer en el error de que tampoco sufren.

En el mundo se constata cómo fueron creadas las primeras sociedades de "protección animal" durante la Revolución Industrial, y las primeras víctimas defendidas fueron las que efectuaban la llamada "tracción a sangre", es decir, caballos, asnos y mulas, cuyo maltrato era habitual y a la vista de todos. Estos elementos permitirán realizar un análisis de las normas jurídicas que están vinculadas con la protección, el maltrato y la crueldad animal desde las ciencias jurídicas y en especial desde la normativa penal.

III.1. Normativas jurídicas en relación con la protección, el maltrato y la crueldad dirigidas a los animales

La primera ley conocida en defensa de los animales fue de origen irlandés. Ello ocurrió en 1635, y se prohibió fisurar la lana del ganado ovino y atar arados a las colas de los caballos debido al sufrimiento del animal. En el año 1641, la colonia estadounidense de Massachusetts Bay aprobó un sistema de leyes protegiendo a los animales domesticados. Estas leyes fueron basadas en el *Massachusetts Body of Liberties* (Cuerpo de Libertades de Massachusetts). Ello dio lugar a que se constituyera, en 1824, la fundación en Londres de la *Royal Society for Prevention of Cruelty to Animals* —RSPCA, Sociedad Real para la Prevención de la Crueldad Animal—, como la primera sociedad protectora de animales en el mundo, fundada inicialmente para proteger a los animales de granja; más tarde ampliaría sus esfuerzos para incluir a todos los animales, y en 1840 se concedió una carta de la Reina Victoria, convirtiéndose en la Sociedad Real para la Prevención de la Crueldad contra los Animales.

De esta sociedad protectora de animales en Inglaterra existen sucursales, fundadas por los grupos locales de defensores del bienestar de los animales, que ofrecen servicios veterinarios tanto a los animales domésticos como a los silvestres, junto con programas educativos; los inspectores de la RSPCA patrullan muchas

(54) MOSTERÍN, Jesús, "Los derechos de los animales", Ed. Debate, Madrid, 1995.

(55) WOLF, Ú., "La ética y los animales", Ed. ZDF, Frankfurt, 2001.

(56) DE LORA, Pablo, "Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad", Ed. Alianza, Madrid, 2003.

(57) PÉREZ MONGUIÓ, José María, "Configuración y posición de los animales ante el derecho: el estatuto jurídico de los animales", *Revista Animales de Compañía,* Ed. Bosch, España, 2005.

(58) LEÓN-GUZMÁN, M., "El bienestar animal en las legislaciones de América Latina", *Revista de Ciencias Veterinarias,* nro. 24, Costa Rica, 2006, ps. 185-226.

(59) ESTRADA CELSI, E., "Bienestar animal: hacia un nuevo paradigma bioético", *Revista CES. Medicina Veterinaria y Zootecnia,* nro. 1, España, 2008, ps. 53-60.

(60) AVELLANEDA VÁSQUEZ, Daniela — PEÑUELA NAVARRETE, Marcela, "El maltrato animal. Una reflexión desde la sostenibilidad y las tradiciones culturales", *Revista de Ingeniería de Recursos Naturales y del Ambiente,* nro. 9, España, 2010.

(61) BRELS, S., "La protección del bienestar animal: una preocupación universal que se debe considerar globalmente y seriamente en el derecho internacional", *Revista de Derecho Animal,* España, 2012, ps. 1-6.

(62) CAPO MARTÍ, M., "Maltrato y crueldad en animales", *Revista Bienestar Animal,* España, 2012, ps. 1-6.

(63) MARTÍN BLANCO, Sara, "Reflexiones...", ob. cit., ps. 59-72.

(64) RABAL MÉNDEZ, Pedro, "Los derechos de los animales desde la óptica del bioderecho: ¿Utopía o realidad?", *Revista Bioderecho,* nro. 1, España, 2014, ps. 1-12.

partes de Inglaterra para hacer cumplir las leyes establecidas para proteger a los animales de tratos crueles. Además de trabajar en el campo, las sociedades protectoras de animales también son defensoras de los animales y de la legislatura amigable, cooperan con las organizaciones policiales y los grupos de defensa de otros animales.

Otra organización es la *American Society for Prevention for Cruelty to Animals* —ASPCA, Sociedad Americana para la Prevención de la Crueldad Animal, en los Estados Unidos de América—. Haciendo una comparación entre la RSPCA y la ASPCA, encontramos que esta última tiene una ventaja comparativa sobre la británica, debido a que en un gran número de Estados del país sus poderes son equivalentes a los de la policía —la ciudad de Nueva York tiene un Departamento de Ejecución de la Legislación Animal (*Humane Law Enforcement Department*)—, permitiéndole requisar predios y realizar arrestos, mientras que si la RSPCA quisiera hacer alguno de aquellos actos, debería ser asistida por la policía.

A pesar de eso, la RSPCA es, en términos de cantidad de acciones, muy superior a la ASPCA. También en esta Nación existe la *People for Ethical Treatment to Animals* —Personas para el Tratamiento Ético de los Animales—, que es otra organización para la defensa y protección de los derechos de los animales, fundada en 1980. Se constata cómo en la década de los 70 y principios de los 80 del pasado siglo XX tiene lugar el denominado "Movimiento de los Derechos Animales", siendo su máximo exponente Singer, quien, con su libro "Liberación animal", se transformó en el padre del liberacionismo. A pesar del impacto de la publicación, su filosofía no se encuadra dentro de la teoría de los derechos, dado que adhiere a una corriente ética utilitarista, la más representativa de las éticas teleológicas o de fines, a las que clásicamente se oponen las éticas deontológicas o del deber.

Se aprecia también cómo en el siglo XX se aprobó la Declaración Universal de los Derechos del Animal, en 1978, por la UNESCO y por la ONU. Ello actualmente ha permitido que los derechos de animales reconocidos en cuerpos jurídicos internacionales ya se enseñen en diversas Facultades de Derecho; es el caso de los Estados Unidos de América, en universidades como las de Harvard, Stanford y UCLA, entre otras.

En la Unión Europea, se constata cómo desde la Universidad Autónoma de Barcelona, en España, se imparte el Máster de Europa en Derecho Animal y Sociedad (*Animal Law and Society*) a partir del 2011, por la relevancia e importancia del tema para preservar la naturaleza como un bien público de uso colectivo. De igual modo, en la Facultad de Derecho de esta Universidad se oferta el curso de Derecho de los Animales. Se valora que cada vez hay más asociaciones de las abogacías estatales y locales para defender los derechos de los animales, aunque existen pocos precedentes legales proanimal, por lo que cada caso presenta una oportunidad para cambiar el futuro legal de los animales, tal y como lo señalan autores como Dorado y Horta, sobre el cambio de paradigma en ética animal a partir de 2009-2014.

Respecto de la legislación penal, dentro de los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea se constata cómo el Código Penal francés incluye una serie de normas tanto represivas como también de bienestar, contemplándose en forma separada, en los arts. 654-1 y 521-1, respectivamente, el maltrato y los actos crueles, constituyendo solo este último un delito, ya que el maltrato es una simple falta. No hay una definición legal de estos conceptos, por lo que la inclusión de la conducta en uno u otro tipo penal dependerá de la tarea discrecional del juez. Para la jurisprudencia francesa, un acto cruel "se distingue de la simple brutalidad, en que está inspirado por maldad y manifiesta intención de infligir sufrimiento" ; desde esta perspectiva, es la intencionalidad la que determina la crueldad del acto.

La penalidad de una y otra conducta va desde una multa de hasta 750 euros, pudiendo además ser privado el condenado de la posesión del animal en caso de maltrato, pena que, tratándose del delito de crueldad, consiste en dos años de prisión, además de una multa ascendente a los 30.000 euros, contemplando como pena accesoria la posibilidad de prohibir la posesión de un animal, sea con carácter temporal o definitivo. Esta misma disposición castiga también, y con

la misma pena señalada anteriormente, el abandono de un animal.

Otro de los cuerpos jurídicos que contiene normas relativas a los animales en el derecho francés es el Código Rural, que en su art. 214-1 reconoce expresamente que "todo animal es un ser sensible", por lo cual su propietario debe procurarle condiciones compatibles con los imperativos biológicos de su especie, reconociendo en el artículo siguiente que todo hombre tiene derecho a tener animales, teniendo además el deber de no maltratarlos, ya se trate de animales domésticos, salvajes domesticados o tenidos en cautiverio, extendiéndose la responsabilidad, de acuerdo con lo señalado en el art. 121-2 del Cód. Penal, en caso de maltrato, a personas tanto naturales como jurídicas.

En cuanto a la experimentación con animales, además del delito contemplado en el art. 512-2 del Cód. Penal, que sanciona el hecho de realizar experimentos o investigaciones científicas o experimentales sobre animales sin ajustarse a las prescripciones establecidas por ley, el art. 214-3 del Cód. Rural señala que esta experimentación, sea médica o científica, debe limitarse a los casos de estricta necesidad. Se impone a los investigadores el deber de buscar una solución conciliadora con el respeto hacia el animal, procurando que su salud y bienestar no se amenacen inútilmente. Así, el Estatuto para una Ética de Experimentación con Animales dispone en su art. 2º: "Los animales son seres sensibles y provistos de capacidades cognitivas y emocionales. Son capaces de sufrir".

En España, el derecho sigue al francés en lo que se refiere a la naturaleza de los animales, rigiéndose los animales domésticos por las reglas generales aplicables a los bienes muebles. El Código Penal español contempla, en el cap. IV, tít. XVI, del Libro II, titulado "De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos", el delito de maltrato animal; es así como el art. 337 establece: "Los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico, serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales" **(65)**.

Contempla también el Código Penal normas relativas a la protección animal en el tít. III del Libro III, denominado "Faltas contra los intereses generales" ; así, el art. 632, nro. 2, sanciona: "Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, sin incurrir en los supuestos del art. 337, serán castigados con la pena de multa de veinte a sesenta días o trabajos en beneficio de la comunidad de veinte a treinta días". Esta disposición resulta deficiente, en primer lugar, porque hace referencia a un "maltrato cruel" ; por lo tanto, si el "maltrato no es cruel", no se configura la falta, la cual no toma en consideración el sufrimiento animal, toda vez que no se necesita crueldad para causar sufrimiento, debiendo bastar el maltrato. Además, se requiere que este maltrato cruel sea ejercido en espectáculos públicos no autorizados legalmente, por lo que también se excluyen de la aplicación de la norma los maltratos, por muy crueles que estos sean, en cualquier otro lugar que no implique un espectáculo público, o en ellos cuando estén autorizados, lo que equivale a admitir la legitimidad general del maltrato animal, con la excepción señalada, tal y como lo refieren en sus estudios autores como Tafalla, Castro Álvarez **(66)**, Brels **(67)**, Capo Martí **(68)** y Arana García **(69)**.

Así lo ha interpretado también la jurisprudencia; a modo de ejemplo, encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 15/09/1998, que absolvió a un sujeto que maltrató a un caballo hasta ocasionarle la muerte, puesto que este no puede considerarse, de acuerdo con el fallo, animal doméstico, ni tam-

(65) ESTEVE PARDO, José, "Derecho del medio ambiente", 2ª ed., Ed. Marcial Pons, España, 2008.

(66) CASTRO ÁLVAREZ, M. Concepción, "Algunas reflexiones sobre la legislación internacional y española en materia de animales de compañía", *Revista de Bioética y Derecho,* nro. 11, España, 2007, ps. 1-10.

(67) BRELS, S., "La protección...", ob. cit., ps. 1-6.

(68) CAPO MARTÍ, M., "Maltrato...", ob. cit., ps. 1-6.

(69) ARANA GARCÍA, E., "Animales de compañía y Administración local", *Revista Derecho del Medio Ambiente y Administración Local,* España, 2013, ps. 727-753.

poco tal acción fue realizada en un espectáculo público, como exige el art. 632 del Cód. Penal. Respecto a las corridas de toros, por encontrarse generalmente permitidas, quedan excluidas del tipo penal. La doctrina jurídica estima que este tema podría llegar a constituir un ilícito en el derecho español mediante la regulación que se den las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales ya han prohibido mediante leyes de protección animal actividades tales como la lucha de perros, las peleas de gallos, el tiro al pichón y otras costumbres similares.

En el desarrollo sustantivo, se constata en la ley 32 de 2007 para el Cuidado de los Animales en su Explotación, Transporte, Experimentación y Sacrificio; la ley 8 de 2003 de Sanidad Animal; la ley 29 de 2006 del Medicamento; la ley 11 de 2003 de Protección de los Animales; la ley 5 de 1995 sobre Protección de Animales Utilizados para Experimentación y otras Finalidades.

Alemania, como Estado, fue el primero de la Unión Europea en otorgar rango constitucional a la protección de los animales. A partir del año 2002, el Parlamento alemán aprobó la reforma a la Constitución Fundacional de la República del año 1949, enmienda que consiste en añadir las palabras "y los animales" al art. 20 de dicho texto, el que obliga al Estado a proteger la vida humana. Este artículo señala actualmente: "El Estado toma la responsabilidad de proteger los fundamentos naturales de la vida y de los animales en interés de las futuras generaciones".

En cuanto al sentido de esta disposición, la ministra de Consumo y Agricultura de la época, Kuenast, informó al periódico *The Guardian:* "La reforma constitucional no daba a los animales los mismos derechos que a los seres humanos", teniendo siempre la prioridad la persona humana, diciendo que estas modificaciones "podría[n] conducir a una nueva legislación que limite los experimentos con animales en casos como los laboratorios de cosméticos o analgésicos" **(70)**.

En Austria, además de reconocer la naturaleza diferenciada de los animales y los objetos, se sanciona como delito, en el art. 222 del Cód. Penal, que data de 1974, el maltrato animal, para el cual se contemplan penas privativas de libertad de hasta un año o multa de hasta 360 tarifas diarias.

Suiza, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, extendió la protección a todas las criaturas vivientes, incluyendo a las plantas, con base en la declaración de la dignidad de aquellas. La Ley Federal de Protección Animal del año 1978 prescribió reglas de conducta que deben ser observadas en el trato con los animales "...para asegurar su protección y bienestar" (art. 1.1). En el año 2000 fue incorporado el art. 80 de la Constitución —con el título "Protección de los animales" —, que prevé el dictado de normas sobre protección de los animales, su mantenimiento y cuidado, su utilización, los experimentos y los atentados a la integridad de animales vivos, el comercio y el transporte de animales y su matanza. "No se trata, de una declaración que incida en la obligación moral del ser humano de respetar la naturaleza, sino que, desde hace más de treinta años, constituye una obligación de carácter constitucional acogida y refrendada por la legislación tanto federal como cantonal, para optimizar la aplicación y la inserción en la normativa de las restricciones y condiciones de protección de los animales. El concepto de dignidad de las criaturas, tiene su anclaje en las ideas del filósofo Lauritz Smith (1791) y del teólogo Karl Barth (1945) quien formuló la idea de que los animales tienen una dignidad propia, merecedora de protección".

En América Latina, el desarrollo normativo dentro de los ordenamientos jurídicos se aprecia en México, en la Ley Protectora de Animales del Estado de México, que data de 1985. Comienza este texto, en el cap. I, efectuando una declaración de objetivos, siendo estos la protección de los animales, tanto domésticos como silvestres que no sean nocivos para el hombre, así como también el evitar cualquier acción de crueldad o maltrato innecesarios, señalando el art. 2º de la ley que sus disposiciones son de interés público, estableciendo también el art. 3º que el objeto de la ley se orientará, entre otras cosas, a "fomentar el amor, respeto y conside-

(70) KLÖEPFER, Michael, "El derecho ambiental en Alemania", *Revista de Derecho Ambiental,* Universidad Humboldt, Alemania, 2012.

ración" para con los animales [Bobbio **(71)**, De Medeiros García **(72)**].

En Chile, se sanciona como delito el maltrato animal. En el art. 291 del Cód. Penal se dispone: "El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales, o solo con esta última".

En la práctica chilena, esta sanción no ha impedido que dichos actos de crueldad y maltrato animal cesen. Dicha conducta, tipificada y sancionada en el Código Penal, deja un amplio margen de interpretación por parte del juez, ya que se regulan tanto el maltrato como la crueldad. La legislación chilena se centra en el bienestar animal para la seguridad de los humanos, no por la validez de los animales en sí mismos, considerando a los animales como simples objetos incapaces de experimentar sensaciones como el sufrimiento y el dolor.

La ley 19.300 aborda el medio ambiente desde una perspectiva de gestión integral a través de principios básicos, utilizando aquellos instrumentos de política ambiental que apoyen y faciliten dicha gestión para su consolidación práctica con la participación activa de todos los ciudadanos. La protección animal comienza por su calificación jurídica. El derecho nacional equipara jurídicamente los animales a las cosas, para asegurar su aprovechamiento; es el caso de la ley 19.473 de Caza, la ley 20.293, que protege a los cetáceos e introduce modificaciones a la ley 18.892 General de Pesca y Acuicultura.

Las reglas generales para la experimentación con animales se consagran en la ley 20.380, sobre protección animal. Conforme a esta disposición: "solo podrán practicarse por personal calificado, que evitará al máximo su padecimiento". En el derecho nacional, no existe una prohibición al uso de animales en circos. La ley 20.380 solo contempló la siguiente disposición protectriz: "Los circos, parques zoológicos y otros lugares destinados al espectáculo o exhibición de los animales (...) deberán contar con las instalaciones adecuadas a las respectivas especies y categorías de animales para evitar el maltrato y el deterioro de su salud". La ley 20.417 señala el mandato de clasificación, que se prevé en los siguientes términos: "El reglamento fijará el procedimiento para clasificar las especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres, sobre la base de antecedentes científico-técnicos, y según su estado de conservación, en las categorías recomendadas para tales efectos por la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN) u otro organismo internacional que dicte pautas en estas materias" (Franciskovic Ingunza, 2013).

En Argentina, la ley 14.346 de Protección Animal, a pesar de no presentar mayor novedad en la materia, contempla, a diferencia de la ley chilena, una interpretación auténtica de lo que debe entenderse por malos tratos, estableciendo en el art. 2º de dicho texto un catálogo de conductas constitutivas de este delito, proporcionando así mayor seguridad jurídica en su aplicación, al decir de Alterini **(73)**, Bellorio Clabot **(74)**, Lorenzetti y Cafferatta **(75)**.

La Constitución Política de Argentina de 1994, en la Primera Parte, capítulo segundo, denominado "Nuevos derechos y garantías", art. 41, establece: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo.

" 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". Esta Carta Fundamental

(71) BOBBIO, Norberto, "Teoría de ordenamiento jurídico", 6ª ed., Ed. Universidade de Brasilia, Brasil, 1995, p. 164.

(72) DE MEDEIROS GARCÍA, L., "Derecho ambiental constitucional...", ob. cit., ps. 133-204.

(73) ALTERINI, Atilio, "¿Derechos de los animales?", *Revista Jurídica, nro. 13, Argentina, 2009, ps. 60-68.*

(74) BELLORIO CLABOT, Dino, "El nuevo paradigma...", ob. cit.

(75) CAFFERATTA, Néstor, "Análisis...", ob. cit.

tampoco hace referencia alguna al tema animal **(76)**.

En Ecuador, la Constitución de 2008 reconoce derechos para la naturaleza en general, concepto que incluye también a los animales. Conforme a su art. 71: "La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema".

Dentro del capítulo segundo: "Derecho al buen vivir", Sección Segunda, denominada "Ambiente sano", art. 14, "se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados".

En el art. 15 textualmente se dispone: "El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional".

En cuanto al derecho de la naturaleza, el capítulo más importante de la Constitución ecuatoriana, denominado "Derechos de la naturaleza", textualmente establece, en el art. 71: "La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema". Art. 72: "La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

" En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas". Art. 73: "El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional". Art. 74: "Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado".

(76) SERRA, J., "Derecho animal en la legislación de la República Argentina", *Revista de Derecho Animal, España, 2013, ps. 1-9.*

Su desarrollo en el derecho sustantivo se aprecia en la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, ley 74, RO/64 de 1981, que establece que el cumplimiento de este cuerpo jurídico le corresponderá a la Guardia Forestal del Ministerio de la Agricultura y Ganadería, y a la Policía Nacional. Las infracciones de esta norma se sancionan con multas en la vía administrativa y les es aplicable el art. 65, del Cód. Penal. También en el ordenamiento jurídico de Ecuador existe la Ley de Fomento y Desarrollo Agropecuario, y quienes la incumplan son responsables de la indemnización de daños y perjuicios. Estas acciones serán de competencia de los jefes de las Unidades del Patrimonio de Áreas Naturales del Estado, de los jefes de Distritos Forestales y del director nacional Forestal [Quirola Suárez, Melo **(77)**, Wolkmer, 2010].

En Bolivia, la Constitución, en el parte de la "Estructura y organización funcional del Estado", tít. III: "Órgano judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional", capítulo tercero: "Jurisdicción agroambiental", establece en el art. 186: "El Tribunal Agroambiental es el máximo tribunal especializado de la jurisdicción agroambiental. Se rige en particular por los principios de función social, integralidad, inmediatez, sustentabilidad e interculturalidad". El art. 189 establece cuáles son, entre otras, las atribuciones de dicho Tribunal, además de las señaladas por la ley: "1. Resolver los recursos de casación y nulidad en las acciones reales agrarias, forestales, ambientales, de aguas, derechos de uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, hídricos, forestales y de la biodiversidad; demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el medio ambiente; y demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales. 2. Conocer y resolver en única instancia las demandas de nulidad y anulabilidad de títulos ejecutoriales. 3. Conocer y resolver en única instancia los procesos contencioso-administrativos que resulten de los contratos, negociaciones, autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y de los demás actos y resoluciones administrativas. 4. Organizar los Juzgados Agroambientales".

En la Tercera Parte de la Constitución, denominada "Estructura y organización territorial del Estado", tít. I: "Organización territorial del Estado", capítulo octavo: "Distribución de competencias", el art. 298 establece: "I. Son competencias privativas del nivel central del Estado: (…) 20. Política general de biodiversidad y medio ambiente". Art. 299: "II. Las siguientes competencias se ejercerán de forma concurrente por el nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas: 1. Preservar, conservar y contribuir a la protección del medio ambiente y fauna silvestre manteniendo el equilibrio ecológico y el control de la contaminación ambiental". En el art. 302 se determina quiénes son las autoridades competentes encargadas de dichas atribuciones: "I. Son competencias exclusivas de los gobiernos municipales autónomos, en su jurisdicción…", entre otras atribuciones, la establecida en el inc. 5º: "Preservar, conservar y contribuir a la protección del medio ambiente y recursos naturales, fauna silvestre y animales domésticos". Mientras que el art. 304 establece: "II. Las autonomías indígenas originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias compartidas: (…) 4º. Control y regulación a las instituciones y organizaciones externas que desarrollen actividades en su jurisdicción, inherentes al desarrollo de su institucionalidad, cultura, medio ambiente y patrimonio natural. III. Las autonomías indígenas originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias concurrentes".

El capítulo denominado "Amazonia", en el art. 391 señala: "I. El Estado priorizará el desarrollo integral sustentable de la amazonia boliviana, a través de una administración integral, participativa, compartida y equitativa de la selva amazónica. La administración estará orientada a la generación de empleo y a mejorar los ingresos para sus habitantes, en el marco de la protección y sustentabilidad del medio ambiente". Por otro lado, literalmente se señala que las especies nativas de origen animal y vegetal son patrimonio natural de Bolivia y que el Estado establecerá las medidas necesarias para su conservación, aprovechamiento y desarrollo. También se regula sobre el Tribunal Agroambiental, señalando que es el máximo tribunal especializado en materia

(77) QUIROLA SUÁREZ, D., "*Sumak kawsay…*", ob. cit.

agroambiental, así como se ocupa de resolver recursos de casación y nulidad en las acciones reales; agrarias; forestales; ambientales; de aguas; derechos de uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, hídricos, forestales y de la biodiversidad; demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el medio ambiente; y demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales.

Por su parte, en el desarrollo jurídico, la Constitución Política colombiana de 1991, en el tít. I: "De los principios fundamentales", capítulo 3, denominado "De los derechos colectivos y del ambiente", establece en el art. 79: "Que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines".

En el art. 80 establece: "El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas". En cuanto a los animales, no regula específicamente nada.

Se aprecia, luego de la sistematización de los principales elementos regulados en los textos constitucionales, que en este avance en la protección de los animales para su bienestar se valora que ha estado influido directamente por el modelo en el cual cada legislación se inspira. Así, se observan diferencias en la materia según se trate de ordenamientos basados en la tradición romana o en el sistema germano, que son los grandes modelos inspiradores del derecho a nivel global. En la región de América Latina, al reconocerse el pluralismo jurídico, se aprecia cómo en el derecho indígena son reconocidos los derechos de los animales [León-Guzmán **(78)**, Melo **(79)**, Quirola **(80)**, Wolmer, Hermosa Mantilla **(81)**].

En el derecho francés se observa un apego al derecho romano, en cuanto a la cosificación de los animales, ocurriendo en este tipo de ordenamiento lo mismo que en el nuestro —el que, por cierto, deriva directamente de aquel—; es decir, existen normas que protegen y se preocupan por el bienestar de aquello que jurídicamente ha sido sindicado como objeto material, lo que ciertamente es contradictorio. El derecho germano y el austríaco, por su raíz no romana, admiten un mayor desapego a la teoría de la cosificación de los seres vivos no humanos, yendo incluso más allá, al establecer constitucionalmente, como un deber del Estado, la obligación de proteger a los animales, al decir de lo señalado por los estudios de Serra **(82)**.

Zaffaroni **(83)** señalaba que "el constitucionalismo andino dio el gran salto del ambientalismo a la ecología profunda, es decir, a un verdadero ecologismo constitucional. La invocación de la Pachamama va acompañada de la exigencia de su respeto, que se traduce en la regla básica ética del *sumak kawsay*, que es una expresión quechua que significa buen vivir o pleno vivir y cuyo contenido no es otra cosa que la ética —no la moral individual— que debe regir la acción del Estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza. No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente, incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente (...). Siendo una regla de convivencia que en modo alguno

(78) LEÓN-GUZMÁN, M., "El bienestar animal...", ob. cit., ps. 185-226.

(79) MELO, Mario, "Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana. Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora", Ed. Abya-Yala, Quito, 2009.

(80) QUIROLA SUÁREZ, D., "*Sumak kawsay...*", ob. cit.

(81) HERMOSA MANTILLA, Hernán, "De los derechos colectivos de los pueblos indígenas al neoconstitucionalismo andino", Ed. Abya-Yala, Quito, 2014.

(82) SERRA, J., "Derecho animal...", ob. cit., ps. 1-9.

(83) ZAFFARONI, Eugenio, "La Pachamama...", ob. cit.

niega la utilización de la naturaleza y ni siquiera de la técnica, sino que exige respeto a todo lo humano y no humano, tiene implicancias de todo orden en el plano político y económico y, naturalmente, enfrenta decididamente al suicida festival del mercado encarnado en un capitalismo desenfrenado".

Ello permitirá continuar analizando cómo se ha comportado el control público dirigido al bienestar animal por parte de los servidores públicos de la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones, por su vínculo con la exigencia de la responsabilidad penal.

III.2. El control administrativo dirigido al bienestar de los animales por los servidores públicos

Una de las técnicas que permiten a la Administración Pública intervenir en la libertad de los particulares y en todo tipo de organizaciones es la idea de policía administrativa. Si entre los deberes del Estado está el de "evitar realmente los daños y riesgos", al decir de Nieto (1993, p. 29), será preciso dotar a este de una potestad preventiva y sancionadora.

Por ello, parte del trabajo de la Administración Pública consiste en comprobar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, sancionar su incumplimiento y restablecer la legalidad cuando sea posible. La policía administrativa es, por tanto, "aquella actividad de la Administración que, en vista de la consecución y el mantenimiento del orden público, se ejercita limitando los derechos de los administrados y, eventualmente, mediante el ejercicio de la coacción sobre los mismos", como lo refiere en sus estudios Entrena Cuesta **(84)**.

Desde el punto de vista teleológico, se ha dicho también que la policía administrativa es "el conjunto de medidas utilizadas por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública", según el criterio de Garrido Falla **(85)**. Aunque la doctrina académica no es unánime en el uso de la expresión, y abundan quienes prefieren referirse a la actividad administrativa de limitación de derechos o actividad de ordenación, como Parejo Alfonso, García de Enterría y Fernández Rodríguez, Parada Vázquez **(86)**, lo cierto es que, con independencia de su denominación, el Estado tiene importantes poderes de limitación, control y represión.

Una de las técnicas de control administrativo es precisamente la inspección, que está dirigida a velar por el cumplimiento de las normas, como lo señala Rivero **(87)**. La Administración tiene la potestad de inspección, lo que significa que puede ejercer un poder exorbitante para observar y verificar el cumplimiento del ordenamiento. Sin embargo, la legislación española está incorporando progresivamente mecanismos de autocontrol que coadyuvan en las tareas de inspección, por lo que algún autor ha sostenido que se está produciendo un desplazamiento de la policía administrativa por la gestión de riesgos —así lo valida Esteve Pardo **(88)**— o la incorporación de la técnica del análisis del riesgo a la actividad administrativa sobre la base de un enfoque preventivo.

Entre las distintas finalidades de la inspección (recaudatoria, de recogida de información, pedagógica y preventiva), destaca por sus efectos en la esfera de derechos de los particulares la actividad de prevención. La "amenaza" de una eventual inspección que investigue y compruebe el cumplimiento de las normas es un factor de prevención que será más o menos eficaz en función de diferentes elementos, tales como la probabilidad de ser inspeccionado.

Lo hasta aquí analizado permitirá abordar las conductas antijurídicas vinculadas al derecho de los animales.

III.3. El bienestar de los animales, la tipificación de conductas antijurídicas

Analizaremos las causales que son objeto de regulación jurídica con relación a la tipificación

(84) ENTRENA CUESTA, R., "Límites de la actividad de policía municipal", REVL, nro. 5, España, 1962, p. 804.

(85) GARRIDO FALLA, Fernando, "La evolución del concepto jurídico de policía y la teoría de las sanciones administrativas", RAP, nro. 11, España, 1953.

(86) PARADA VÁZQUEZ, Ramón, "Derecho administrativo", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 380.

(87) RIVERO, Ricardo, "El Estado vigilante", Ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 75.

(88) ESTEVE PARDO, José, "De la policía administrativa a la gestión de riesgo", RDA, nro. 119, España, 2003, ps. 323-346.

de conductas antijurídicas respecto del maltrato y la crueldad animal en el derecho español —el que se toma como referente por su origen idiomático y desarrollo del derecho animal—. En este derecho sustantivo aparecen regulaciones en el transporte de animales por carretera en viajes largos, el que solo puede realizarse previa inspección y aprobación del medio de transporte. Si el transporte de los animales de las especies bovina, ovina, caprina o porcina se va a realizar por vía marítima desde un puerto comunitario hasta una distancia de más de diez millas náuticas, solo se podrá realizar previa inspección y aprobación del buque.

Antes de la carga de los animales, los buques que se vayan a utilizar para el transporte deben ser inspeccionados para comprobar que el buque está construido y equipado para el número y tipo de animales que van a transportarse, que los compartimentos destinados a los animales están en buen estado, y que el equipamiento se mantiene en buenas condiciones de funcionamiento. Además, la autoridad competente debe examinar que los animales están en condiciones de proseguir el viaje, que la carga y descarga se efectúan conforme a una serie de reglas, y que no falte el suministro de alimento y agua.

Los medios de transporte que se utilicen para viajes largos deben contar con un certificado emitido por la autoridad competente. Con carácter previo, dichos medios tendrán que ser inspeccionados. El inspector deberá comprobar que se cumple una serie de requisitos relativos al diseño, la construcción y el mantenimiento

Cuando se trate de viajes largos de équidos domésticos y animales domésticos de la especie bovina, ovina, caprina y porcina, los veterinarios oficiales de los puntos de salida y de los puestos de inspección fronterizos deben efectuar controles adicionales.

La autoridad competente debe adoptar las medidas necesarias para evitar o reducir al máximo cualquier retraso en el transporte o el sufrimiento de los animales, y en los puestos de inspección deberá dar prioridad al transporte de animales. No puede retenerse ninguna partida de ganado durante el transporte, salvo que así lo aconseje el bienestar de los animales o motivos de salud pública. Si la detención es por más de dos horas, se tienen que adoptar las medidas necesarias para atender a los animales y, si es necesario, se debe proceder a su descarga a fin de que abreven, coman y descansen.

Se regulan los medicamentos de uso humano y productos sanitarios, su investigación clínica, evaluación, autorización, registro, fabricación, elaboración, control de calidad, almacenamiento, distribución, circulación, trazabilidad, comercialización, información y publicidad, importación y exportación, prescripción y dispensación, seguimiento de la relación beneficio-riesgo, así como la ordenación de su uso racional y el procedimiento para, en su caso, la financiación con fondos públicos. Sin embargo, de forma conexa se refiere también al bienestar animal. Así, por ejemplo, los medicamentos veterinarios, aparte de cumplir las garantías generales de calidad, seguridad y eficacia para la salvaguarda de la salud, deben respetar el bienestar de los animales. Se da tal importancia a esta cuestión que la falta de cumplimiento de la normativa sobre bienestar animal puede tener repercusiones en el procedimiento de autorización de un medicamento veterinario [ver Sessano Goenaga **(89)**, Kemelmajer de Carlucci **(90)**, Campos Serena **(91)**].

IV. El derecho penal. Regulación de los delitos contra el maltrato animal en el ordenamiento jurídico cubano

La historia de Cuba, como consecuencia de la transculturación recibida por la colonización española, heredó una fuerte tradición respecto a la violencia animal, reflejada con mayor fuerza en las corridas de toros y peleas de gallos. Las peleas de gallos constituyeron en su tiempo una insignia de la cultura española y criolla, y aún en nuestra época es una actividad cotidiana y apro-

(89) SESSANO GOENAGA, J., "La protección penal del ambiente", *Revista ECPC, España, 2002, ps. 1-34.*

(90) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La categoría jurídica 'sujeto/objeto' y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios", *Revista de Bioética y Derecho, nro. 17, España, 2010, ps. 1-8.*

(91) CAMPOS SERENA, Olga, "Más allá de una concepción instrumental del valor de los animales: la irracionalidad del paradigma humanista", *Revista de Filosofía, nro. 2, España, 2011, ps. 1-22.*

bada por las autoridades, de gran aceptación por la mayoría de los pobladores nacionales y extranjeros que visitan el país.

La primera fundación creada en la Nación para la protección de los animales fue la Sociedad Protectora de Niños, Animales y Plantas, también conocida como Bando de Piedad, en 1906. Su objetivo principal era desplegar acciones para proteger y ayudar a niños desamparados, mujeres y ancianos desvalidos, y también a bestias de tiro, perros y gatos callejeros, seres inermes, victimizados por el hambre y la crueldad.

Con el triunfo de la Revolución en 1959, se aprecia cómo se produjo un cambio significativo con relación a los recursos naturales, que pasan a su vez, en virtud de las leyes revolucionarias dictadas, a manos del Estado. Son aprobadas disposiciones relativas a la protección de los bosques, el desarrollo de áreas protegidas y la organización de territorios. Dando respuesta al problema forestal en el año de 1959, la ley 239 puso en vigor el Plan de Reforestación del Ejército Rebelde, estableciendo la creación de Parques Nacionales.

Se constata en todo este *iter* cómo, en 1969, se creó el Instituto Nacional de Medicina Veterinaria por la ley 1224, como organismo rector de todas las actividades veterinarias del país; entre otras funciones, le corresponde velar por el bienestar animal. En 1976 se adjuntó al Ministerio de la Agricultura, responsabilizándose este de las funciones de dicho Instituto. Le corresponden, como funciones principales de la institución: organizar, dirigir y controlar el sistema de la sanidad animal en el país, establecer y aplicar las regulaciones para proteger el territorio nacional de la introducción de enfermedades exóticas, los programas de emergencia, prevención y control de las enfermedades de los animales, incluyendo las zoonosis, la vigilancia epizootiológica, el diagnóstico de laboratorio, la política de uso y registro de los medicamentos veterinarios, el control higiénico sanitario de los alimentos de origen animal destinados al consumo del hombre y para la alimentación animal, así como organizar y ejecutar la asistencia veterinaria.

En 1975, en el Primer Congreso del Partido Comunista se aprueba la tesis sobre la política científica, donde se determina la necesidad de crear un órgano encargado de atender a los problemas del medio ambiente; un año más tarde, con la Promulgación de la Constitución de la República, se introduce en el art. 27 la protección de dicho bien jurídico. En este artículo se evidencia claramente el objetivo de lograr el desarrollo sostenible, así como una marcada cultura antropocentrista, centrando dicha protección en función del humano y no del ecosistema en sí, hecho heredado de lo planteado en la Conferencia de Estocolmo de 1972.

En la Nación, a partir del reconocimiento de los postulados constitucionales establecidos en los arts. 10, 27 y 69, es el art. 27 el que consagra la protección ambiental como una función pública del Estado. Técnicamente, a la vez que se habilitaron los órganos competentes para intervenir en la protección ambiental, inspirados en el desarrollo sostenible, se ordenó la aplicación de dicha habilitación con el objetivo de "hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras", con lo que plasma la solidaridad en términos de equidad inter e intrageneracional, la racionalidad y la sostenibilidad, al trascender al texto constitucional cubano.

En 1976, el Consejo de Ministros creó la Comisión Nacional de Protección del Medio Ambiente y Conservación de los Recursos Naturales (COMARNA). Con el segundo Congreso del Partido, en 1980, se establece la necesidad de elaborar una legislación adecuada para dar cumplimiento a la política ambiental trazada, lo cual sentó las bases para que, en 1981, la Asamblea Nacional del Poder Popular aprobase la ley 33 de Protección del Medio Ambiente y el Uso Racional de los Recursos Naturales.

No obstante, hay que señalar que la realidad cubana en torno al trato hacia los animales está matizada por una serie de factores que confluyen e inciden en que la situación respecto a esta problemática sea precaria. El maltrato hacia ellos puede ser cometido tanto por sujetos comunes como por el personal encargado del manejo, transportación o sacrificio de aquellos. En esta senda, en 1994 se constata, producto de una

nueva reorganización del aparato estatal, la extinción de COMARNA; sus atribuciones y obligaciones son transferidas al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA), cuya función principal consiste en controlar y dirigir la política encaminada a garantizar la protección del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales. La principal legislación con respecto al derecho ambiental cubano es la ley 81 de 1997, del Medio Ambiente, norma sancionada debido a los cambios socioeconómicos y en el ámbito ambiental por los que estaba transitando el país durante ese período, incluyendo disposiciones normativas referidas a las aguas terrestres, suelos, flora, fauna, recursos marinos, recursos agropecuarios y otros.

Se constata cómo el CITMA, organismo de la Administración Pública, ha ejecutado la función inspectora regulada en la ley 81 de 1997 y ha realizado investigaciones científicas para la protección de la biodiversidad de especies protegidas. Aunque hay que significar que existen otros organismos dentro del entramado de la Administración Pública que ejercitan la función inspectora en la protección ambiental, por la interdisciplinariedad y transdisciplinariedad de esta rama técnica del derecho; aquella es realizada a través de la inspección sanitaria ejecutada por el Ministerio de Salud Pública, el que evalúa el componente ambiental y el respeto de las ordenanzas sanitarias; el Ministerio del Interior, con relación a la obediencia de la seguridad laboral; el Ministerio de Economía y Planificación, para el control de la política pública destinada a la protección de los animales; el Ministerio de la Agricultura, con relación a la política forestal y agraria y la medicina veterinaria.

Los autores aprecian que, en el ordenamiento jurídico nacional, en relación con los cuerpos jurídicos que trascienden desde el derecho ambiental, en el tema de la exigencia de responsabilidad, y en especial en el derecho de los animales en materia penal, no hay una adecuada unidad, plenitud y coherencia, toda vez que es necesario construir variantes teóricas y normativas para, desde la teoría, tributar a la adecuada regulación de los derechos de los animales en Cuba —en atención a los autores referentes como Alexy **(92)**, De Lucas **(93)**, Atienza y Bobbio **(94)**—, como condición teórica de realización normativa y práctica de una determinada necesidad de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.

Aquel permitiría sistematizar de manera adecuada los elementos que definen los derechos de los animales desde el principio de legalidad, para analizar una serie de condicionantes o variantes que incidan en el conjunto normativo (ordenamiento jurídico) —como señala Santi Romano—, en atención a la unidad, plenitud y coherencia del número de disposiciones jurídicas relacionadas con la exigencia de la responsabilidad, en especial de la penal. Con ello, el legislador podrá valorar todos los elementos que aporte el organismo de la Administración Pública —Ministerio de la Agricultura— como proyecto de norma jurídica en la Asamblea Nacional del Poder Popular de la Nación, y decidir la aprobación de un cuerpo jurídico que proteja el bienestar animal en Cuba.

También se comprueba cómo interviene en todo este control ambiental el órgano de la Fiscalía General de la República, a tenor del art. 27 constitucional, para alcanzar el desarrollo sostenible, y del art. 42 de la ley 81 de 1997, al regular la función especial que posee este órgano de control con relación a la actuación fiscal para la tutela ambiental y el cumplimiento de la juricidad —art. 10 constitucional—, comprobado a través de la acción de verificación fiscal establecida en la ley 83 de 1997 de Fiscalía General de la República.

Tras el análisis del ordenamiento jurídico patrio, se aprecia que en el desarrollo normativo no existe aún una legislación vinculada a la protección jurídica de los animales de manera especial; los documentos regulatorios, bien elaborados técnica y legalmente para otros fines, no se ajustan a las nuevas pautas y directrices

(92) ALEXY, Robert, "Teoría de la argumentación jurídica", Ed. Shurkand, Madrid, 1997.

(93) DE LUCAS, Francisco, "En el bicentenario de Darwin. ¿Derechos de los animales no humanos? La barrera de la dignidad", *Revista Teoría y Derecho,* nro. 6, España, 2009, ps. 6-19.

(94) BOBBIO, Norberto, "Teoría...", ob. cit., p. 164.

preconizadas por la ciencia del bienestar animal desde la medicina veterinaria. Los cuerpos jurídicos que hacen alusión al cuidado y protección de la biodiversidad cubana se aprecian en el dec.-ley 136/1993 de Patrimonio Forestal y la Fauna Silvestre, y en el dec.-ley 137/1993 de Medicina Veterinaria; pero estos no previenen de manera adecuada la crueldad y el maltrato animal.

Se pondera que la protección del medio ambiente y de los recursos naturales en la Nación, en su desarrollo normativo, parte de la ley 81 de 1997, rectorada por el CITMA; es la normativa que posee mayores atisbos en relación con la temática abordada en este artículo, pero aún es insuficiente. A pesar de que el tema del bienestar animal ha tenido un amplio espacio, reflexión y debate, enfocado principalmente en las diferentes manifestaciones de maltrato, crueldad y abuso que se observan a lo largo y ancho del país por parte de las ciencias veterinarias y en la actuación de los cuerpos de inspección estatal, se valora que no hay una respuesta adecuada con la aplicación del derecho administrativo sancionador a los sujetos infractores. Ante su impacto negativo en la calidad de vida y el bienestar de los animales, su repercusión en la salud pública y en el bienestar de la población cubana, hoy se impone la necesidad de su juridicidad y de un adecuado control administrativo por parte de la Administración Pública, con la aplicación de la función inspectora **(95)**.

Todo ello permite significar que deberán seguirse ejecutando estudios por la ciencia del derecho para profundizar en la temática relacionada con la protección de los animales, desde la academia y la práctica en las sociedades científicas, como un paradigma a resolver por la Administración Pública que permita el desarrollo de una normativa jurídica para contextualizar en el desarrollo social y económico de la Nación cubana esta meta, y de esta forma contribuir a decodificar el paradigma del principio de desarrollo sostenible a partir de lo señalado en el art. 27 constitucional, en el binomio deber-derecho de los sujetos obligados a la juricidad, al decir de autores como Di Cagno **(96)**, Caraballo Maqueira, Cánovas González **(97)**, Rey Santos **(98)** y Antúnez Sánchez **(99)**.

Se considera la necesidad de estudiar desde la ciencia del derecho la protección de los animales, toda vez que Cuba aún sigue con un bloqueo económico que data de más de 50 años, lo que incide en el uso de animales para el traslado de personas y mercancías. Así, existen manifestaciones del trato no adecuado y trabajo excesivo de los animales de tracción utilizados en el transporte terrestre en las ciudades y pueblos del territorio nacional (caballos, asnos, chivos); otra manifestación son las peleas de perros que se realizan en disímiles sitios, donde hay actos de crueldad, agresividad y abusos; se aprecia en el abandono por sus dueños de los perros y gatos, los que se convierten en vagabundos en las zonas urbanas con un alto índice poblacional; en acciones de caza de especies protegidas, inobservando la juridicidad, para su venta a ciudadanos cubanos o a foráneos que visitan el país y practican el turismo de naturaleza; en no mantener a los animales en condiciones higiénicas en hogares o sitios públicos; en el abandono de animales heridos o enfermos en la vía pública; en el uso de animales de trabajo en condiciones de salud desfavorables —enfermos—; en peleas de gallos, tauromaquia, actividades de rodeo, etcétera.

Se constata la presentación del primer proyecto de ley en el 2003, pero este carecía de cuestiones técnicas bien elaboradas, por un escaso manejo del tema hasta el momento. El texto fue confeccionado por la Asociación Cubana para la Protección de Animales y Plantas (ANIPLAN). Posteriormente, con el interés de buscar el bienestar animal en Cuba, en el 2007 se presentó el segundo proyecto de ley al Ministerio de la Agricultura, pero, de forma similar, se negó

(95) RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed — ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, "La responsabilidad administrativa derivada de la inspección estatal sanitaria en Cuba. Una mirada a su régimen jurídico sancionador desde la lucha contra el dengue", *Revista Electrónica Derecho y Cambio Social,* Perú, 2015.

(96) DI CAGNO, Vittorio, "La protección...", ob. cit.

(97) CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, "Necesidades y potencialidades...", ob. cit.

(98) REY SANTOS, Orlando, "Fundamentos...", ob. cit.

(99) RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed — ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, "La responsabilidad...", ob. cit.

la presentación a la Asamblea Nacional para su discusión.

Todo ello conspira, a criterio de los autores, contra el cumplimiento adecuado de los principios del derecho ambiental, como son el de legalidad, prevención y responsabilidad. O, expresado de manera diferente, no existe una policía administrativa que controle a los animales sin permiso, ni su tenencia legal como mascotas, o a los que sirven de guías para ciegos o sordos, que a veces son maltratados por sus dueños y no reciben una adecuada atención médica, entre otras conductas antijurídicas; como evidencia, la vacunación programada en clínicas veterinarias, el control de natalidad a través de la cirugía para la esterilización, podrían ser controlados de manera científica y tener control administrativo.

El principio de legalidad supone que la Administración solo puede ejercer las potestades que le sean expresamente atribuidas por la ley. Como exigencia del Estado de derecho, este principio implica que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que no hayan sido reguladas previamente por el legislador como delitos, faltas o infracciones administrativas: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Para ello, se toman como ejemplo las regulaciones que se establecen en el ordenamiento jurídico de España, en atención al idioma y el desarrollo normativo en la protección de los derechos de los animales, de la cual aun hay presencia en la normativa nacional. La ley 32 de 2007, para el Cuidado de los Animales en su Explotación, Transporte, Experimentación y Sacrificio, regula las conductas antijurídicas en esta Nación europea:

- El sacrificio o muerte de animales en espectáculos públicos fuera de los supuestos expresamente previstos en la normativa aplicable en cada caso o expresa y previamente autorizados por la autoridad competente.

- El incumplimiento de las obligaciones exigidas por las normas de protección animal en cuanto al cuidado y manejo de los animales, cuando concurra la intención de provocar la tortura o muerte de aquellos.

- Utilizar los animales en peleas.

- Utilizar animales en producciones cinematográficas, televisivas, artísticas o publicitarias, incluso con autorización de la autoridad competente, cuando se produzca la muerte de aquellos.

- El incumplimiento de la obligación de aturdimiento previo, cuando no concurra el supuesto establecido en el art. 6.3.

- La realización de un procedimiento sin la autorización previa de la autoridad competente, cuando se utilizan animales incluidos en el apéndice I del Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES).

- Provocar, facilitar o permitir la salida de los animales de experimentación u otros fines científicos del centro o establecimiento, sin autorización por escrito del responsable de aquel, cuando dé lugar a la muerte del animal o cree un riesgo grave para la salud pública.

- Suministrar documentación falsa a los inspectores o a la Administración.

- Utilizar perros o gatos vagabundos en procedimientos.

- Liberación incontrolada y voluntaria de animales de una explotación.

- Las mutilaciones no permitidas a los animales.

- Reutilizar animales en un procedimiento cuando la normativa aplicable no lo permita, o conservar con vida un animal utilizado en un procedimiento cuando la normativa aplicable lo prohíba.

- Realizar cualquiera de las actividades reguladas en esta ley sin contar con la autorización administrativa o la inscripción registral exigible según las normas de protección animal aplicables.

- El incumplimiento de las obligaciones exigidas por las normas de protección animal en cuanto al cuidado y manejo de los animales,

cuando produzca lesiones permanentes, deformaciones o defectos graves de aquellos.

- La oposición, obstrucción o falta de colaboración con la actuación inspectora y de control de las Administraciones Públicas, cuando se impida o dificulte gravemente su realización.

- El incumplimiento de obligaciones exigidas por las normas de protección animal en cuanto al cuidado y manejo de los animales, siempre que no se produzcan lesiones permanentes, deformidades o defectos graves, o la muerte de los animales.

- El incumplimiento de las obligaciones en cuanto a la forma, métodos y condiciones para el sacrificio o matanza de animales, excepto el aturdimiento, cuando no concurra el supuesto establecido en el art. 6.3.

- Abandonar a un animal, con el resultado de la ausencia de control sobre él o su efectiva posesión.

- La oposición, obstrucción o falta de colaboración con la actuación inspectora y de control de las Administraciones Públicas, cuando no impida o dificulte gravemente su realización [Castro Álvarez **(100)**, Pocar **(101)**, De Lucas **(102)** y García Sáez **(103)**].

El derecho administrativo sancionador puede funcionar, a criterio de los autores, como un muro de contención para determinadas prácticas contra los animales. Sin embargo, consideramos que existen actitudes que se concretan en actos de tal naturaleza abusiva que requieren respuestas más acordes con las exigencias materiales de la sociedad, ya que la realidad social es la que condiciona al derecho y, por lo tanto, la necesidad de regular determinadas acciones de los hombres de acuerdo con dicha realidad hace indispensable que nos pronunciemos por la prohibición penal de aquellas conductas lesivas que inciden en el orden social, aun cuando los sujetos pasivos de estas sean los animales, seres que al fin y al cabo sufren y padecen. Todos estos elementos analizados en este epígrafe permitirán realizar el análisis de la normativa penal patria a la luz de derecho animal.

IV.1. La normativa penal cubana a la luz del derecho animal

El Código Penal cubano clasifica las transgresiones según sus valores protegidos, según el bien jurídicamente protegido, entendiéndose en tal sentido como a aquel bien protegido penalmente y amenazado o lesionado por la conducta criminosa. De esta forma, el derecho penal asegura por medio de la sanción la protección de los bienes reconocidos por el legislador como dignos de tutela. La protección del medio ambiente, a través de su cuidado, prevención y represión de aquellas conductas que lo dañen, funciona en respuesta de un mandato constitucional que atañe a la obligación de todas las personas, tanto naturales como jurídicas, de preservar el medio ambiente y de realizar acciones encaminadas a lograr dicha protección.

Negar la razón de ser al hecho de tipificar las agresiones al ambiente de manera específica, vale decir, de declararlo como bien jurídico y, por ende, como digno de tutela penal, implicaría pasar por alto esta obligación legal y constitucional existente, aduciendo que cuando el ambiente se protege se hace en función del hombre; por tanto, no se justificaría un título: "De los delitos contra el ambiente" o una ley especial en el mismo sentido.

Este argumento resulta ser muy débil; de aceptarse, concluiríamos por negar la categoría de bien jurídico, por ejemplo, a la propiedad, las buenas costumbres o la administración de justicia, pues cuando se protege a la propiedad, las buenas costumbres o la administración de justicia, siempre se hace en función del hombre, no pudiendo concebirse de otro modo. Y, de toda evidencia, si las categorías antes expuestas merecen ser protegidas, pues mucho más el am-

(100) CASTRO ÁLVAREZ, M. Concepción, "Algunas reflexiones...", ob. cit.

(101) POCAR, Valerio, "Derechos de los animales y derechos humanos", *Revista Teoría y Derecho,* nro. 6, España, 2009, ps. 20-28.

(102) DE LUCAS, Francisco, "En el bicentenario de Darwin...", ob. cit., ps. 6-19.

(103) GARCÍA SÁEZ, José, "¿Pueden los animales ser titulares de derechos? Algunos argumentos desde una teoría garantista del derecho", *Revista Catalana de Dret Ambiental,* nro. 2, España, 2012, ps. 1-12.

biente, del cual dependemos. De igual modo, al tipificar las conductas agresivas al ambiente y los recursos naturales renovables, no solo se protegen estos, sino que se alcanza uno de los principios del derecho penal: la seguridad de los ciudadanos acerca de lo ilícito.

El medio ambiente como bien jurídico, según se dice en la doctrina, se trata de un bien jurídico de carácter supraindividual o colectivo, autónomo y de carácter antropocéntrico. En cuanto que es un bien jurídico de carácter colectivo, se dice que es múltiple, "y el delito en tal sentido pluriofensivo", por lo que se procede a su definición a partir de la enumeración de sus elementos. Así, vemos que es un bien jurídico completo o sintético, en cuanto aglutinador de otros bienes tradicionales; respecto a él, la situación socioeconómica actual ha propiciado la exigencia de configurarlo como un bien específico a defender con autonomía.

Las dificultades con relación a la definición del medio ambiente como bien jurídico radican en el surgimiento de los nuevos procesos de medio ambiente, los cuales introducen "bienes jurídicos nuevos, difusos", pero la tutela de estos nuevos bienes jurídicos, como objetivos de organización política, social y económica, es perfectamente legítima, aunque la víctima no esté perfectamente delimitada en sus contornos (y en ocasiones tampoco el sujeto activo), porque "el derecho penal no tutela víctimas, sino funciones", traducibles en bienes jurídicos.

De lo planteado se deduce que dicha protección se debe realizar, en primer lugar, por cuanto el medio ambiente es fundamento existencial del ser humano; y, en segundo lugar, por cuanto es un espacio vital idóneo para el desarrollo de las generaciones venideras. Desde este punto de vista, es decir, desde el momento en que consideremos ciertos valores ambientales como bien (o bienes) jurídico, su propia caracterización como tal ha de llevar implícitamente esa característica social o valiosa para la sociedad. En la medida en que el medio ambiente afecta a las relaciones sociales, solo en la medida en que es un valor social, puede ser bien jurídico. Si carece de esa cualidad, será otra cosa, pero nunca un bien jurídico susceptible de protección por el derecho penal, lo cual no es el caso.

El desarrollo de la ciencia y la técnica en la Nación ha propiciado que el uso de los recursos naturales se lleve a cabo de una forma desmedida, y en tal sentido resultan insuficientes los medios para su recuperación, conllevando dicha actuación el deterioro del entorno y, con ello, una posterior afectación de la vida en general; así, se aprecia lo señalado en la Estrategia Ambiental Nacional, donde se señalan las principales causas de contaminación. Es por ello que resulta necesaria la protección del ambiente desde una óptica más restrictiva, como es la exigencia de la responsabilidad penal.

En Cuba, los delitos ambientales son protegidos a partir de la ley 81 de 1997 de Medio Ambiente, la cual remite al Código Penal para la represión de aquellas conductas que de una forma u otra dañen el medio ambiente. Dicha inserción pone en evidencia que el Estado reacciona ante la realidad de que las vulneraciones al derecho a un ambiente sano ya no son de trato exclusivo del campo administrativo, con castigos menores y de indiferente opinión de la población, pues la represión que en esta instancia se ejerce concluye en la imposición de multas, relegando la reparación del daño a posterior término; debido al incesante aumento de las violaciones ambientales, aquellas han resultado ser insuficientes. De esta forma, es preciso pasar del pago de multas hacia una motivación que confluya en el respeto al ambiente en razón de la amenaza penal, refiriéndonos en este caso a la responsabilidad penal por delitos ambientales [ver estudios de la ley 81 realizados por Fernández Rubio-Legrá **(104)**, Di Cagno **(105)** y Soler del Sol **(106)**].

Pero, aun materializando dichas acciones, la sociedad necesita de un mecanismo más severo que limite la comisión de actos violentos contra los animales. Se parte de la premisa de que cuando las demás ramas del derecho se vuelven inoperantes y no alcanzan a resolver los conflictos que se presentan en la vida social, debe

(104) FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRÁ, Ángel, "Ley 81...", ob. cit.

(105) DI CAGNO, Vittorio, "Análisis comparado de la ley cubana 81 del Medio Ambiente", *Revista Jurídica,* nro. 8, Ed. MINJUS, La Habana, 2003, p. 41.

(106) SOLER DEL SOL, Alfredo, "El derecho...", ob. cit.

entrar a desempeñar su papel el derecho penal, que —aunque es de *ultima ratio* por la lesividad de sus normas, pues "...limitar o erradicar la violencia implica aplicar o infligir violencia" — se concreta como una opción plausible para combatir conductas que desvirtúan los valores sociales y fomentan patrones de comportamiento contrarios a las normas de convivencia armónica.

Sin embargo, el Código Penal no prevé la penalización del llamado delito ambiental —delito ecológico—; solamente plantea algunas conductas antijurídicas lesionadoras del medio, asociadas a la protección de la salud, los bienes de las personas y la economía nacional, dejando aislada la penalización de otras conductas que no solo abarcan las actividades de contaminación empleando sustancias tóxicas, sino otras que lesionan el medio; dentro de ellas se pueden citar los delitos contra el patrimonio histórico, delitos contra la ordenación del territorio, delitos contra los recursos naturales, delitos referidos a la protección de la vida silvestre, entre otras conductas.

Indudablemente, la prevención constituye el medio ideal para proteger el ambiente, pero ello no nos debe llevar a descuidar las medidas represivas, aquellas que intervienen una vez producido el hecho dañoso y, por consiguiente, una vez comprobado que la prevención tuvo fallas. No obstante, el papel de las medidas represivas es fundamental, aun cuando solo fuera porque ellas van a asegurar las medidas preventivas.

El Código Penal clasifica las transgresiones según sus valores protegidos, o sea, según el bien jurídicamente protegido, entendiéndose en tal sentido como bien jurídico del delito a aquel bien protegido penalmente y amenazado o lesionado por la conducta criminosa. De esta forma, el derecho penal asegura por medio de la sanción la protección de los bienes reconocidos por el legislador como dignos de tutela.

Los delitos relacionados con la protección ambiental no responden, según la estructura actual de la norma sustantiva penal, a la adecuada protección del medio ambiente como bien jurídico público, pues se le da la categoría de bien jurídico a los títulos del Código Penal que tratan una objetividad jurídica determinada, y no aparece ninguno con esta señalización; estos aparecen regulados indistintamente a partir de los arts. 185, 186, 187, 189, 194, 195, 196, 198, 199, 237, 238, 239, 241 y 242, correspondientes a la salud pública, como dependiente de la seguridad colectiva, a la seguridad colectiva y a la economía nacional. Son delitos, en su mayoría, intencionales, de peligro común, con sujetos activos generales y marcos sancionadores relativamente bajos o no graves.

Los autores consideran que los delitos con incidencia ambiental en Cuba se han desarrollado a través de los años con números casi iguales, a partir de que se relacionan en la categoría de delitos pluriofensivos, debido a que se cometen juntamente con otros delitos que lesionan el bien jurídico perteneciente a la naturaleza como bien público de uso colectivo, pero las normas penales continúan estáticas desde los años 80 del pasado siglo; por tanto, estas figuras delictivas antes señaladas no están completamente a tono con la realidad jurídica y la práctica de la justicia en sede penal, y necesitan renovación y adecuada actualización, a tono con la doctrina penal consultada [Goite Pierre **(107)**, Medina Cuenca **(108)**].

La ley 62 de 1987 se divide en Parte General y Parte Especial; en este ensayo jurídico se analizará la segunda (Parte Especial), para cuyo estudio y aplicación se divide en títulos. Sin embargo, estos obedecen a criterios de clasificación distintos a los seguidos en la Parte General. En cada título de la Parte Especial se agrupan las figuras delictivas conforme al objeto del delito, o sea, con arreglo a la relación social que resulta defendida por la norma jurídico-penal; aparecen ubicados en el título referente a los delitos cuyo objeto resulta más afín. Empero, en los títulos de la Parte Especial de la norma sustantiva penal cubana no aparece el medio ambiente, y por ende tampoco en sus capítulos o secciones, dejando al medio ambiente totalmente desprotegido —como bien jurídico—.

(107) GOITE PIERRE, Mayda, "La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal", *Revista Cubana de Derecho,* nro. 14, Ed. UNJC, La Habana, 1999.

(108) MEDINA CUENCA, Arnel, "Leyes penales (comentadas, actualizadas y concordadas)", Ed. Universidad de La Habana, Cuba, 2006.

No existiendo una concomitancia con los preceptos 11, 12 y 13 de la Carta Magna, donde se establece una obligatoriedad tanto para personas naturales como jurídicas de cuidar y preservar el medio ambiente como bien jurídico colectivo y de los animales, y allí donde fallen los mecanismos administrativos, civiles y otros que puedan existir, se debe contar con la debida protección penal como instrumento coercitivo de *ultima ratio* que tiene el Estado para proteger sus bienes. La tipificación de los delitos contra el ambiente necesariamente encaminará el derecho ambiental hacia la satisfacción de sus reales objetivos e insuficiencias y, al mismo tiempo, fomentará una concientización más profunda en lo referente a los daños al entorno.

Por otra parte, tal promulgación no es indispensable solo por las razones anunciadas, sino por su naturaleza, que escapa a las normas tradicionales. La promulgación de una ley penal de protección al ambiente —y no de sanciones aisladas, con objetivos diferentes, con soluciones parciales— en un cuerpo único y un único criterio resulta necesaria, pues servirá de acicate y orientación, así como facilitará la regulación de dicha conducta.

Se considera reseñar que, para futuras modificaciones de la normativa jurídica, se deberá atender al tratamiento del bien jurídico de los delitos ambientales en función de su especialización y la delimitación de la responsabilidad penal ambiental de la persona jurídica, pues constituye la *ultima ratio* para tales conductas detectadas por la auditoría ambiental, como responsabilidad de los sujetos de gestión auditados en el sector estatal cubano.

Dentro de la legislación penal, es necesario reconocer la responsabilidad de la persona jurídica —a partir de los cambios que se operan en el nuevo escenario mercantil con la actualización del modelo económico y social, que no es el que operaba en la década del 70 del pasado siglo, con una economía centralizada a través de la empresa estatal socialista—, donde se definan su concepto, los delitos en que podrá participar como sujeto activo, los mecanismos legales que permitan su detección y enjuiciamiento, y el procedimiento a aplicar en estos procesos [ver Medina Cuenca **(109)**, Vera Toste **(110)** y Goite Pierre **(111)**].

En el tráfico mercantil nacional del siglo XXI se constata cómo coexisten varios sujetos de gestión económica: así, aparecen en este escenario el empresario individual con empresas privadas y las cooperativas no agropecuarias. El régimen sancionador de los delitos con incidencia ambiental se agrupa en la familia de los delitos contra la economía nacional y la salud colectiva en la ley 62 de 1987, resultando necesario ordenarlos en la familia de los delitos contra el medio ambiente y, con ello, proteger los ecosistemas de la Nación cubana en atención a lo regulado en la ley 81 de 1997, definiendo la responsabilidad de la persona jurídica, lo que deberá constituir parte de esta actualización en la codificación penal.

V. Pautas para el perfeccionamiento

De forma general, se aprecia un despertar en la concientización de la protección de los animales en el proceso de producción de alimentos; no obstante, existen limitaciones en el orden normativo que pueden tratarse teniendo en cuenta las siguientes pautas:

- El derecho animal debe ser concebido como rama con autonomía dentro del derecho ambiental.

- El derecho animal debe establecer mecanismos normativos que permitan la obligatoriedad de los procedimientos, técnicas y consideraciones delimitadas por las ciencias veterinarias, expresados en una Ley de Protección Animal.

- Las granjas y centros de producción de alimentos de origen animal deben establecer protocolos y reglamentos internos de acuerdo con el bienestar animal, la Ley de Protección Animal y su reglamento.

- Debe perfeccionarse la función inspectora en el derecho ambiental y su materialización

(109) *Ibidem.*

(110) VERA TOSTE, Yan, "Temas penales", Ed. Unijuris, La Habana, 2008.

(111) GOITE PIERRE, Mayda, "La responsabilidad...", ob. cit.

con los servidores públicos de la Administración.

- Deben criminalizarse conductas que afectan gravemente el bienestar animal y la producción de alimentos y que no están tipificadas en el Código Penal, sobre todo con la responsabilidad penal de las personas jurídicas (enfermedades no tratadas, desnutrición animal, etc.).

VI. A manera de conclusiones

La doctrina en relación con la regulación del maltrato animal está dividida en dos posiciones contradictorias: la teoría de los derechos animales y la teoría del bienestar animal. La más acertada es la teoría del bienestar animal, en atención a lo señalado como objetivo en este ensayo jurídico, por apoyar la utilización de los animales a través de métodos que limiten el sufrimiento innecesario.

En el derecho administrativo cubano con relación a la protección de los animales prima la visión antropocentrista, al no existir una reglamentación que incluya el bienestar de los animales como objetivo principal. El estudio de derecho comparado de las normas administrativas arrojó que las legislaciones tienden a ser especistas; las medidas a aplicar por los servidores públicos son, por lo general, de escasa connotación, y los sujetos maltratadores no encuentran en estas normas un límite para su actuar. La aplicación de multas no logra inhibir este tipo de conductas. Es una necesidad perentoria acudir a otros mecanismos legales, como es la norma penal. Aunque se pudo determinar, según los Códigos Penales analizados, que los ordenamientos jurídicos no son homogéneos en cuanto a la regulación del maltrato animal, pero la tendencia con relación a las penas es minimalista.

La responsabilidad penal ambiental se concibe como aquella que se deriva de una conducta tipificada como delito, y ella se concreta en la aplicación de una pena por la acción u omisión dolosa o culposa del autor de una u otra; es estrictamente personal, de interpretación restringida, de irretroactividad vedada, de voluntariedad presunta (una vez demostrada la relación de causalidad entre el ejecutor o inductor y el resultado), y es de orden público.

Es de importancia la regulación de los delitos ambientales en un cuerpo único dentro de la legislación penal, o sea, la reglamentación del ambiente como bien jurídico, debido al incremento desmedido de las afectaciones a aquel, buscando una mayor represión a estas conductas lesionadoras del entorno, ya que ellas también afectan —ya sea de forma directa o indirecta— la vida de los seres humanos. Se le estaría dando cumplimiento a un mandato constitucional que nos obliga a todas las personas, tanto naturales como jurídicas, a preservar el medio ambiente y a realizar acciones encaminadas a lograr dicha protección.

DERECHO PROCESAL AMBIENTAL

El *amicus curiae* y otras herramientas de participación ciudadana en materia ambiental en Río Negro: obstáculos y desafíos

Juan Ernesto Montecino Odarda (*)

Sumario: I. Objetivos.— II. Participación ciudadana y Estado de derecho.— III. Participación ciudadana en causas ambientales en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— IV. El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.— V. Herramientas de participación ciudadana cuando se trata de vulneración de derechos colectivos relativos al ambiente en la provincia de Río Negro.— VI. El *amicus curiae.*— VII. La participación de las comunidades indígenas cuando se debate un conflicto ambiental.— VIII. Los obstáculos a la participación ciudadana.— IX. Conclusiones sobre el análisis de los casos. La tendencia contramayoritaria.— X. Conclusión.— XI. El desafío de incrementar la participación ciudadana.— XII. Posibles soluciones.

I. Objetivos

Las herramientas de participación ciudadana se convierten en necesarias para acercar a la ciudadanía a sus instituciones, más aún en momentos de crisis de credibilidad, donde la ciudadanía se aleja de sus representantes y prefiere sumirse en organizaciones no gubernamentales o grupos de vecinos para canalizar sus reclamos.

En principio, es preciso decir también que, en sociedades capitalistas con grandes índices de consumo, el individualismo se convierte en el peor enemigo de la participación ciudadana, y que la apatía de sus habitantes en la toma de decisiones en los asuntos públicos de mayor trascendencia social, como lo es el ambiental, se profundiza en mayor o menor grado junto con la creciente desconfianza hacia los actores gubernamentales.

Habitualmente los ciudadanos y las ciudadanas están más interesados en participar cuando los asuntos les afectan directamente, es decir, cuando estos se corresponden con sus intereses más cercanos o cuando se sienten directamente amenazados por las políticas que lleva a cabo el gobierno y que afectan su calidad de vida.

Sin embargo, y a pesar de ser una práctica que se extiende día a día, la incorporación de la participación ciudadana suele enfrentar problemas importantes para su implementación y retos significativos para producir los resultados y los efectos que de ella se esperan.

La finalidad del presente trabajo es generar conocimiento científico y aportar a la acción, modificando la realidad actual que marca el hecho social investigado, a través del estudio de

(*) Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Ambiental (UBA). Ex asesor técnico en las Comisiones de Ambiente y Desarrollo Sustentable, de Derechos y Garantías, Trabajo y Previsión Social, de Salud y de la Bicameral Investigadora sobre la Desaparición, Búsqueda y Operaciones de Rescate del Submarino ARA San Juan de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación.

casos judiciales de la provincia de Río Negro, donde se tratan conflictos ambientales. Se analizarán los obstáculos económicos y de otra índole que desalientan la participación ciudadana en la Justicia cuando se acude a ella a los fines de preservar el ambiente, haciendo hincapié en la figura del *amicus curiae* —o amigo del tribunal— que se encuentra regulada en Río Negro y que lamentablemente no es conocida suficientemente por la ciudadanía.

Puntualmente analizaré cuatro causas emblemáticas donde se debaten conflictos ambientales, como el generado por el proyecto de minería de oro llamado "Calcatreu", el proyecto de capitales chinos para sembrar soja en el Valle Medio de Río Negro, la contaminación del lago Nahuel Huapi en San Carlos de Bariloche por el vertido de líquidos cloacales sin tratamiento y, por último, la decisión del Gobierno Nacional de instalar una central nuclear de capitales chinos, en la costa atlántica de la Patagonia, en zonas o áreas protegidas.

Además, se establece como objetivo general contribuir al cambio de posición del Estado frente a la necesidad de incrementar la participación ciudadana en las instituciones de la República como lo es el Poder Judicial, dando cumplimiento a convenciones internacionales y a la propia Constitución Nacional, y propender a que las mencionadas herramientas sean apropiadas por la ciudadanía, sobre todo en las causas de más alto interés público, avanzando así en la necesaria democratización de ese poder.

Según Gargarella, "en nuestra sociedad, el problema, no es que la justicia tenga la capacidad de actuar en contra de los órganos políticos, sino por el contrario, acostumbra a actuar en coincidencia de ellos. En cambio, la situación parece ser la siguiente. El Poder Legislativo tiende a apoyar las decisiones de los órganos políticos, conservando su última palabra en cuestiones constitucionales, más allá de cuál sea la posición de los ciudadanos. Este escenario (que suma los defectos propios de la dependencia judicial y los de su carácter contramayoritario), tienen consecuencias gravísimas (...) la situación se torna dramática para el mismo sistema democrático. Ello debido a dicho sistema aparece 'vaciado' de contenido: los órganos políticos no actúan en beneficio de los intereses generales, y el Poder Judicial le transfiere su principal arma, que es la capacidad de *laudar* con carácter definitivo" **(1)**.

El problema a analizar es por qué las herramientas de participación ciudadana, como el *amicus curiae*, la ley rionegrina 2779 y otras, en la práctica encuentran una serie de límites, obstáculos, restricciones o simplemente desconocimiento por parte del ciudadano, que de ninguna manera invitan o fomentan la participación ciudadana en la Justicia.

II. Participación ciudadana y Estado de derecho

La participación ciudadana es el proceso a través del cual los ciudadanos que no ostentan cargos ni funciones públicas comparten —en algún grado— la toma de decisiones sobre los asuntos que les afectan con los actores representantes de los gobiernos, buscando incidir en ellas.

El nacimiento de políticas y prácticas participativas se da en un contexto en el que los gobiernos enfrentan grandes limitaciones para resolver por sí solos problemas sociales cada vez más complejos y con recursos siempre limitados. Como sostiene Ana Díaz Aldret, "también juegan a favor de la participación, la propagación de los valores de la democracia y el hecho de que, a consecuencia de ello, los gobiernos se vean obligados a legitimar cada vez más sus acciones, frente a una ciudadanía que demanda ser tomada en cuenta, una rendición de cuentas más significativa y una mayor transparencia en las decisiones. De manera que, tanto desde la práctica como desde la teoría de la administración pública, el desarrollo de políticas públicas participativas responde tanto a la presión ejercida desde la ciudadanía, como a la necesidad de cubrir determinados déficits de gestión" **(2)**.

(1) GARGARELLA, Roberto, "La democracia deliberativa y sus presuntas paradojas", en GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (coord.), *La democracia deliberativa a debate*, Ed. Universidad EAFIT, Medellín, 2011.

(2) DÍAZ ALDRET, Ana, "Participación ciudadana en la gestión y en las políticas públicas", *Gestión y Política* Pública, 2, vol. 26, México, jul.-dic. 2017.

La participación ciudadana halla su raíz en el *Estado de derecho*, más precisamente en los conceptos de *democracia e igualdad.*

Al respecto, Alejandro Moreno que "la relación entre participación ciudadana y legitimidad, no es automática ni unidireccional. Del lado de la demanda, existe siempre el peligro de que la participación ciudadana sea cooptada, o de que los participantes representen y favorezcan intereses particulares; por el lado de la oferta, la participación puede traducirse fácilmente en una simulación de rituales con poco o nulo impacto, puede manipularse y politizarse. Muchas veces al buscar legitimidad, se impulsan programas y políticas participativas que, al ser meras simulaciones, redundan en mayor descrédito para la comunidad. Si los resultados e impacto de la participación no son significativos para los ciudadanos, no solo no se logra mayor legitimidad, sino que pueden dañarse en el mediano plazo la confianza básica y difusa en el gobierno y en los procesos participativos en general" **(3)**.

Con relación al Poder Judicial, los distintos mecanismos de participación ciudadana son útiles para la resolución de cuestiones controversiales y que presenten significativos dilemas éticos o de otra índole. Es decir, la participación ciudadana resulta significativa en asuntos en los que está en juego un interés público relevante como lo es la defensa del ambiente para las actuales y futuras generaciones, cuya dilucidación judicial ostente una fuerte trascendencia colectiva.

Por último, el concepto de "democratización" del sistema judicial, para algunos autores surge inexorablemente como el remedio para desarmar las desigualdades a la hora de la toma de decisiones por parte de los jueces que afectan a toda la ciudadanía o a gran parte de ella. Dicho concepto se extiende a la necesidad de mejorar los mecanismos de participación ciudadana en la Justicia, más aún cuando se trata de temáticas relacionadas con el ambiente.

(3) MORENO, Alejandro (coord.), *Confianza en las instituciones: México en perspectiva comparada,* Ed. CESOP -Cámara de Diputados, México, 2010.

III. Participación ciudadana en causas ambientales en la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La participación ciudadana se da cuando los diversos grupos sociales y sectores de la sociedad se apropian de diferente forma del discurso ambiental y los incluyen en su agenda de reclamos.

Se coincide en que el nacimiento del discurso ambiental surge en las décadas de 1970 y 1980, y su incorporación en la Constitución Nacional en 1994 en la Argentina ha provocado la creciente actividad de las organizaciones sociales como agrupaciones de vecinos, ONGs, grupos ecologistas internacionales, nacionales, regionales o locales.

A su vez, la institucionalización jurídica del paradigma ambiental ha creado instrumentos jurídicos necesarios para facilitar dicha participación. Según el geógrafo estadounidense Hajer, "Este modelo permite que las diferentes demandas colectivas en materia ambiental, no constituyan obstáculos para alcanzar los fines de la política ambiental, ya que, pueden ser canalizados por los mecanismos institucionales en un juego de suma positiva. Una característica fundamental de este discurso, es el supuesto de que el crecimiento económico y la resolución de los problemas ecológicos, en principio, puede ser reconciliado".

Asimismo, la apropiación del discurso ambiental por diversos grupos de ciudadanos, incorpora importantes aspectos independientes de los imperativos técnico-económicos de la lógica del mercado al introducir en la agenda el concepto de justicia social. Esa noción plantea, como problema clave, la cuestión de las desigualdades sociales frente a los riesgos ambientales, identificando de esta forma los objetivos de la justicia ambiental con los de la justicia social **(4)**.

La adopción del discurso ambiental, además, permite a los grupos sociales de vecinos el reconocimiento de la mutua interdependencia entre los problemas puntuales que los afectan (asociados al barrio, la localidad o el municipio) con la afectación, por ejemplo, de la misma cuenca hidrográfica.

(4) HARVEY, 1996:385-3886.

En resumen, la interiorización de la cuestión ambiental por parte de los grupos sociales afectados por los pasivos ambientales y la consiguiente acción política proambiental se da como parte de un proceso de "ambientalización" **(5)**. Este concepto permite vincular los conflictos ambientales —territorialmente localizados— con la historia de la conflictividad de esos territorios.

Por último, se ha generado un proceso de judicialización del conflicto ambiental, a través de la legitimidad procesal de dichas organizaciones o vecinos afectados, que acuden a la Justicia a reclamar el saneamiento o la recomposición ambiental.

Es importante analizar aquí fallos emblemáticos en cuanto a la participación ciudadana en la causa de la contaminación en la cuenca Matanza-Riachuelo, comparándolo con el movimiento de vecinos alrededor del reclamo en contra de la explotación de oro en Esquel y la generación de la pasta de celulosa en Gualeguaychú.

El conflicto socioambiental del Riachuelo se dio en un marco de incremento de la conflictividad ambiental en toda la región ribereña y como resultado de la planificación urbana.

Algunos protagonistas y estudiosos de esta causa consideran que la participación ciudadana se caracterizó por su carácter fragmentado, localizado y episódico con bajos niveles de incidencia **(6)** y escasa visibilidad pública **(7)**. Las demandas sociales solían estar dirigidas a las autoridades municipales, provinciales o nacionales, a pesar de las características de interjurisdiccionalidad de la cuenca.

En comparación con otros conflictos ambientales del país —p. ej., el conflicto por las plantas productoras de pasta celulosa con Uruguay (2004-2009) o el conflicto por un emprendimiento de extracción de oro en Esquel (2002-2004)—, no ha surgido en el área de cuenca Matanza-Riachuelo, un gran movimiento ambiental que exprese visibilidad pública.

La Corte Suprema ha sido el actor central que impulsó una serie de avances sustanciales en la construcción de institucionalidad en el nivel de dicha cuenca hidrográfica en un proceso abierto y participativo. Sin embargo, desde fines de 2012, el caso presenta síntomas inequívocos de haber caído en una suerte de *impasse*, generando incertidumbre sobre el progreso de la causa.

IV. El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe

Este histórico acuerdo regional fue adoptado en Escazú (Costa Rica), el 4 de marzo de 2018 **(8)**. Actualmente se encuentra en poder del secretario general de las Nacional Unidas en su condición de depositario.

Dicho acuerdo está originado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (RIO +20) y fundamentado en el Principio 10 de la "Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992" **(9)**; es el fruto de un intenso trabajo que llevó casi 11 años.

Durante las negociaciones, lideradas por Chile y Costa Rica en su calidad de copresidentes y por otros cinco integrantes de la Mesa Directiva (Argentina, México, Perú, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago), se reunieron delegados gubernamentales y personalidades del sector académico, que participaron en pie de igualdad.

En un momento de crecimiento, incertidumbre y profundos desequilibrios económicos, sociales y ambientales, resulta necesario este tipo de acuerdos regionales para avanzar hacia la protección del medio ambiente.

Este acuerdo regional es un instrumento jurídico de avanzada en materia de protección ambiental. Sus principales beneficiarios son la población de nuestra región, en particular, los grupos y las comunidades más vulnerables.

Su objetivo es garantizar el derecho de todas las personas a tener acceso a la información de

(5) LEITE LÓPEZ, 2006:32 y ss.

(6) RYAN 2004: 17-19, y escasa visibilidad pública.

(7) FERRO 2015:267-269.

(8) 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.

(9) Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

manera oportuna y adecuada, a participar de manera significativa en las decisiones que afectan sus vidas y su entorno, y a acceder a la justicia cuando estos derechos hayan sido vulnerados.

Por último, dicho tratado regional hace hincapié en la necesidad del uso sostenible de los recursos naturales, la conservación de la diversidad biológica, la lucha contra la degradación de las tierras y contra el cambio climático.

También se considera a las organizaciones y los ciudadanos de militancia ambiental, como "defensores de los derechos humanos", debido a las frecuentes intimidaciones, agresiones u homicidios que sufren los activistas.

Bajo los principios de la transparencia, la apertura y la participación, el Acuerdo Regional contribuye a la transmisión hacia un nuevo modelo de desarrollo sostenible. Lo significativo, además, es que este acuerdo asegura la participación del público en todas las decisiones que lo afectan y establece una nueva relación entre el Estado, el mercado y la sociedad, refutando la falsa dicotomía entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico.

La base se sustenta en el principio, de que "no puede haber crecimiento a expensas del medio ambiente, y no puede gestionarse el medio ambiente, ignorando a nuestros pueblos y nuestras economías".

Este es el primer tratado regional de la CEPAL que resulta sumamente necesario para lograr la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, y que los 33 países de América Latina y el Caribe se comprometan concretamente, a dar un paso más para hacer realidad la igualdad, el crecimiento económico y el desarrollo sostenible para todos.

V. Herramientas de participación ciudadana cuando se trata de vulneración de derechos colectivos relativos al ambiente en la provincia de Río Negro

V.1. Constitución de Río Negro

V.1.a. El amparo

La provincia de Río Negro ha adoptado como políticas públicas de participación ciudadana, o bien ha sido receptiva a estas corrientes en la propia Constitución provincial, cuando recepta, al igual que lo hace la Carta Magna nacional, la figura de la *acción de amparo*.

Así, el art. 43 de la Carta Magna rionegrina indica: "Todos los derechos y libertades humanas, reconocidos expresa o implícitamente por esta Constitución, están protegidos por la acción de amparo que puede promover el restringido por sí o por terceros en su nombre, sin necesidad de mandato, valiéndose de cualquier medio de comunicación y a cualquier hora, ante el juez letrado inmediato, sin distinción de fueros o instancias y aunque forme parte de un tribunal colegiado, a fin de que se ordene su inmediata libertad, se lo someterá al juez competente, se le acuerdo la garantía negada o el ejercicio de sus derechos individuales y colectivos. El Juez de amparo ejerce su potestad jurisdiccional sobre todo otro poder o autoridad pública y la acción puede instaurarse sin formalidad procesal alguna...".

V.1.b. El *mandamus*

Asimismo, la Constitución rionegrina es novedosa al incluir dos nuevas herramientas de esencia similar a la propia acción de amparo, que son el *mandamus* y el *prohibimus*.

Es la jurisprudencia la que establece las diferencias entre las figuras de la *acción de amparo* y del *mandamus*, indicando que los bienes jurídicamente protegidos a través de la acción de amparo son aquellos derechos esenciales reconocidos expresa o implícitamente en la Constitución para el supuesto de que resultaran violados o restringidos, mientras que el *mandamus* está dirigido a satisfacer el cumplimiento de un deber establecido por la Constitución, ley, decreto, ordenanza o resolución por parte de un funcionario o ente público administrativo exclusivamente.

Según la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia, "El *mandamus* resulta un amparo ante la inacción de una autoridad pública que obliga a una conducta precisada por la Constitución, ley, ordenanza, decreto o resolución. Para una procedencia se requiere la existencia de determinados requisitos, esto es a) existencia de un deber concreto de un funcionario pú-

blico, b) negativa a su cumplimiento por parte del funcionario responsable y c) afectación por tal negativa a derechos de los recurrentes" **(10)**.

V.1.c. *Prohibimus*

Con relación al *prohibimus*, el art. 45 de la Const. rionegrina indica que "Si un funcionario o ente público administrativo ejecutare actos prohibidos por esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución, la persona afectada podrá obtener por vía y procedimiento establecido en el artículo anterior, un mandamiento judicial prohibitivo que se librará al funcionario o ente público del caso". Por su parte, la jurisprudencia establece las bases de esta figura, al indicar que "El art. 45 de la Constitución Provincial autoriza la acción cuando un funcionario o ente público ejecutare actos prohibidos por la normativa legal vigente. Tal violación debe resultar notoria y fácilmente constatable" **(11)**.

V.2. Leyes provinciales

V.2.a. Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia

La ley 3830, dispone en su art. 1º incorporar como anexo 1 la ley 2430, y declarar de aplicación obligatoria la "Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Patagonia Argentina ante la Justicia", acord. 103/2002, del Superior Tribunal de Justicia, originada en el Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia, órgano del Tratado Fundacional de la Región de la Patagonia, ratificado por ley 3004.

V.2.b. Ley provincial 2779

Esta ley provincial se conoce comúnmente como Ley de Procedimiento de Amparo por Intereses Difusos/Colectivos, en protección, entre otros del medio ambiente y el equilibrio ecológico.

Establece tres acciones que los ciudadanos pueden impulsar cuando por causa de hechos u omisiones arbitrarias o ilegales se genere lesión, privación, perturbación o amenaza en el ambiente y otros derechos o intereses colectivos: a) la acción de prevención; b) la acción de reparación en especie y c) la acción de reparación pecuniaria por el daño producido a la comunidad.

El art. 15 adquiere una gran significación a la hora de la participación ciudadana: promovida la acción, se le dará publicidad por medio de edictos, radio, televisión o cualquier otro medio que el juez estime conveniente. La publicidad de la demanda deberá contener una relación circunstanciada de sus elementos en cuanto a personas, tiempo y lugar.

V.2.c. Ley 4185. Regula el procedimiento del *amicus curiae*

Esta ley fue sancionada el 29 de noviembre de 2007. Dispone que, cuando la resolución de una causa judicial que tramite ante el Supremo Tribunal sea de trascendencia institucional o resulte de interés público —como lo son las causas donde se debaten conflictos ambientales—, podrán presentarse en calidad de *amicus curiae* toda persona física y jurídica, los organismos de control del Estado con acreditada especialización o competencia en la materia de que se trate, en especial en los casos en que se encuentren comprometidos derechos de incidencia colectiva, o cuando —a pesar de tener alcance individual, la sentencia del caso, fuera a determinar el alcance de derechos o garantías constitucionales—. Con claridad meridiana, el art. 8º indica que "El Poder Legislativo y el Poder Judicial, a través de sus áreas pertinentes, deberán llevar a cabo sendas acciones tendientes a difundir el alcance y espíritu de la presente ley a los fines que los ciudadanos y organizaciones sociales rionegrinas asuman como propia esta herramienta de participación ciudadana (...) A tal fin el Superior Tribunal de Justicia arbitrará los mecanismos necesarios para la difusión de las mencionadas causas".

V.3. La jurisprudencia

Además de los mandatos constitucionales o los que surgen de la legislación vigente, existe jurisprudencia de la cual se desprende la obligación de implementarlas que tiene el máximo Tribunal de Justicia de Río Negro.

(10) ST Río Negro, 23/09/1991, SE 125/91, "Arturo, Juan A. y otros s/ mandamiento de ejecución".

(11) ST Río Negro, 5/1984, "Bernardi, Juan Carlos y para concepción s/ amparo", nro. 61.

A modo de ejemplo, en "Domínguez, Mariana", se indica, aunque se refiere al proceso de participación en actos del Poder Ejecutivo, lo siguiente: "Como lo señala el voto precedente, cabe tener en consideración lo referido a la participación ciudadana en emprendimientos de esta naturaleza, y tal como lo expresa el art. 20, LGA, en cuanto las autoridades deben institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos 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" **(12)**.

VI. El *amicus curiae*

VI.1. El amicus curiae *o amigo del tribunal*

La figura del *amicus curiae,* o amigo del tribunal, ha tomado un impulso impensado en la jurisprudencia argentina de los últimos años.

Constituye una herramienta de democratización del sistema de justicia, tornándolo abierto al rico aporte que representa la participación ciudadana.

Respecto de su origen y su fundamento, podemos decir que esta figura, que se remonta al derecho romano y luego se introduce en el derecho anglosajón, otorga a personas u organizaciones ajenas al tribunal la posibilidad de participar de una causa judicial, no asumiendo el carácter de partes, siempre que ella radique en una cuestión de interés público o de trascendencia institucional.

De este modo, los terceros que manifiestan un marcado interés en la resolución de un conflicto, asumen una posición de apoyo a una u otra parte, emitiendo opinión fundada y aportando elementos que tienden a enriquecer la labor judicial, con la finalidad última de obtener una sentencia justa, contribuyendo de esta manera a la mayor credibilidad de los ciudadanos en sus instituciones republicanas.

Por su parte, el Centro de Estudios Legales y Sociales, de amplia trayectoria en la presentación de *amicus curiae* en nuestro país, define la figura indicando que consiste en "presentaciones que pueden realizar terceros ajenos a una disputa judicial, pero con un justificado interés en la resolución final del litigio, a fin de expresar sus opiniones en torno a la materia, a través de aportes de trascendencia para la sustanciación del proceso judicial. Así, entonces, se considera al instituto del *amicus curiae* como un medio procesal adecuado para suministrar a los jueces la mayor cantidad posible de elementos de juicio para dictar sentencia justa" **(13)**.

VI.2. Amicus curiae y república

Se vincula la noción de República con la figura del *amicus curiae.*

Esta vinculación entre la discusión judicial de cuestiones de interés público y la posibilidad de que personas, grupos o instituciones interesadas en la proyección colectiva de las decisiones de la magistratura presenten sus respectivas opiniones sobre el tema ante el tribunal no hace más que reforzar el aspecto participativo del carácter republicano de gobierno.

En la II Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas de Justicia, el entonces titular de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Julio Salvador Nazareno, ante tan importante foro judicial, fue el encargado de presentar el tema de "Participación ciudadana en los procesos judiciales" en la Primera Sesión Plenaria dedicada a tratar todo lo relacionado con la organización judicial. La exposición tuvo como objetivo, entre otros, el perfeccionamiento y la consolidación del régimen republicano establecido por los países iberoamericanos para "instaurar las instituciones y los procedimientos que sean apropiados para que el Poder Judicial pueda cumplir eficazmente frente a los ciudadanos con la expresa función, que en forma indelegable le atribuye la Constitución Nacional (...) con

(12) ST Río Negro, "Domínguez, Mariana s/ amparo colectivo".

(13) CELS, "Informe sobre *amicus curiae",* disponible en http://www.cels.org.ar/common/documentos/informe_cels_sobre_amicus.doc.

la finalidad de intentar un acercamiento de los tantas veces olvidados habitantes de nuestras tierras en función institucional de dar a cada uno lo suyo" **(14)**.

VI.3. El marco legal nacional e internacional

La figura del *amicus curiae* tiene base y fundamento en el inc. 22 del art. 75 de la CN, el art. 62.3. del reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los arts. 44 y 48 de la CADH, las leyes nacionales 44, 4055 y 25.488, como también los antecedentes de la ley nacional 25.875.

Otro antecedente local de importancia existe en la ley 24.488 sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos, sancionada el 31/05/1995 **(15)**. Esta ley, en su art. 7º dispone: "En el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter de amigo del tribunal".

VI.4. Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 28/2004

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió dentro de sus atribuciones según la acordada que lleva el nro. 28/2004 del día 14/07/2004, con la consiguiente fundamentación: "Que como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, el Tribunal considera apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como amigos del tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto" (fdo. Enrique S. Petracchi, Eugenio R. Zaffaroni, Juan Carlos Maqueda, Elena I. Highton de Nolasco y Antonio Boggiano).

En el año 2013, se dicta la acord. 7/2013, donde se dejan sin efecto las acordadas mencionadas precedentemente, modificándose su alcance y competencia.

VI.5. Legislación procesal receptiva a nivel nacional o provincial de la institución del amicus curiae

En cuanto a la legislación procesal dictada por las legislaturas provinciales, hasta el momento, solo dos provincias han incluido en su normativa la figura del *amicus curiae.* Una de ellas es Río Negro.

En el ámbito nacional, hay proyectos para sancionar la ley para reglamentar la figura del *amicus curiae*, aunque ninguno ha sido tratado hasta el momento.

VI.6. Antecedentes latinoamericanos

Si bien, los siguientes casos judiciales, no se corresponden con asuntos ambientales, resulta necesario hacer mención a ellos como antecedente de esta figura de *amicus curiae,* utilizada generalmente en casos de violaciones a los derechos humanos.

VI.6.a. En el caso "Consuelo Benavides Cevallos, Ecuador", el 18/12/1997 **(16)**, Amnistía Internacional presentó un memorial en torno al deber de garantía y las obligaciones que le incumben al Estado en materia de derechos humanos.

VI.6.b. Ante la opinión solicitada por el gobierno de Costa Rica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, CADH), las siguientes organizaciones no gubernamentales presentaron *amicus curiae*: la Sociedad Interamericana de Prensa, el Comité Mundial de Libertad de Prensa, la *American Newspaper Publishers Association,* la *Fédération Internationale des Editeurs de Journaux, The Copley Press Inciso, The Miami*

(14) II Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas de Justicia. Exposición del Doctor Julio Salvador Nazareno, Caracas, 25/03/1999.

(15) LA 1995-E, ps. 1500-1.

(16) Disponible en *http://www.corteidh.or.cr/*.

Herald, Newsweek, USA Today, The Wall Street Journal y The International Herald Tribune. Entre sus argumentaciones sostenían que el derecho de réplica contenido en el art. 14 no es *self-executing* **(17)**.

VI.6.c. En razón de la opinión consultiva solicitada por los Estados Unidos Mexicanos ante la CIDH respecto del derecho a la información sobre la asistencia consular (opinión consultiva OC-16/99 del 01/10/1999 en el marco de las garantías del debido proceso legal), las siguientes instituciones y personas participaron en calidad de *amicus curiae* entre el 27/04 y el 22/05/1998: Amnistía Internacional; la Comisión Mexicana para la Defensa y Promoción de Derechos Humanos, Human Rights Watch/Americas y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional; Death Penalty Focus de California; Delgado Law Firm y el Sr. Jimmy V. Delgado; International Human Rights Law Institute de DePaul University College of Law y MacArthur Justice Center de University of Chicago Law School; Minnesota Advocates for Human Rights y la Sra. Sandra L. Babcock; los Sres. Bonnie Lee Goldstein y William H. Wright, Jr.; el Sr. Mark Kadish; el Sr. José Trinidad Loza; los Sres. John Quigley y S. Adele Shank; el Sr. Robert L. Steele; la Sra. Jean Terranova y el Sr. Héctor Gros Espiell.

A todo ello se agregan los casos del *amicus curiae* en instituciones de derechos humanos de las Naciones Unidas en la protección y promoción de los derechos del niño 04/10/2002; en el Cuerpo de Apelación de la Organización del Comercio Mundial; en la Corte Constitucional de la República Surafricana; y en la Corte de la Ciudad de San Petersburgo Rusia.

VI.7. Jurisprudencia argentina

VI.7.a. Caso "Astiz"

Ante el Juzgado Federal, a cargo de la Dra. María Servini de Cubría, un grupo de organismos de derechos humanos, encabezados por el Premio Nobel de la Paz, Sr. Adolfo Pérez Esquivel, solicitaron ser considerados *amicus curiae* en la causa iniciada por el pedido de extradición de Alfredo Astiz por parte de la justicia italiana —juez Claudio Tórtora— a raíz del secuestro y posterior desaparición de tres personas de origen italiano, presuntamente en la Escuela de Mecánica de la Armada, cuando Astiz integraba los grupos de represión en ese centro naval.

VI.7.b. Caso "ESMA"

Las organizaciones internacionales de derechos humanos CEJIL, Amnistía Internacional y Human RightsWatch/Americas se presentaron en calidad de *amicus curiae,* invocando la necesidad de reconocer y garantizar el derecho a la verdad a favor de aquellos que reclamaron conocer la suerte de sus familiares desaparecidos.

VI.7.c. Caso "Balverdi"

En este caso, se aceptó la presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) como *amicus curiae.*

VI.7.d. Caso "Acosta"

El procurador penitenciario, invoca el carácter de *amicus curiae,* en salvaguarda del pleno ejercicio de las garantías individuales y la protección de los derechos humanos de un interno, comprendido en el régimen penitenciario federal.

VI.7.e. Caso "Simón, Julio, Del Cerro, Juan s/ sustracción de menores de diez años"

Amnistía Internacional, la Comisión de Juristas y Human Rights Watch presentaron un *amicus curiae* por la obligación de la Argentina de enjuiciar y sancionar a los autores de violaciones a los derechos humanos.

VI.7.f. Caso "Mignone"

La acción de amparo fue promovida por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) con el objeto de que se garantice el derecho constitucional a sufragar de las personas detenidas sin condena.

VI.8. Los amicus *presentados en la Corte Suprema de Justicia durante el período 2003-2019 en general*

- 12/04/2019, CSJ 1533/2017/RH1, "ESSO Petrolera Argentina SRL c. Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa". Se fijó audiencia pública.

- 18/09/2018, CSJ 118/2017/RH1, "Farmacity SA c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro

(17) Opinión consultiva OC-7/86 del 26/08/1986.

s/ pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley". Se fijó audiencia pública.

- 15/08/2018, CSJ 118/2017/RH1, "Farmacity SA c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otros/ pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley". Se fijó audiencia pública.

- 10/07/2018, CIV 63667/2012/CSl, "Pando de Mercado, María Cecilia c. Gente Grossa SRL s/ daños y perjuicios". Se habilitó la participación de los amigos del tribunal que cumplan con los recaudos allí establecidos.

- 19/06/2018, CSJ 118/2017/RH1, "Farmacity SA c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley". Se fijó audiencia pública.

- 27/09/2017, CSJ 528/2000/CS1, "Buenos Aires, Provincia de c. Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo - derivación de aguas". Se fijó audiencia pública.

- 16/08/2017, CSJ 1870/2014/CS1, "Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo". Se fijó audiencia pública.

- 20/07/2017, "Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo". Excusación Dr. Rosenkrantz.

- 14/06/2017, "La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas". Se fijó audiencia pública.

- 08/07/2015, "Orellano, Francisco D. c. Correo Oficial de la República Argentina s/ juicio sumarísimo". Se fijó audiencia pública.

- 01/07/2015, "Sindicato Policial Buenos Aires c. Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales". Se fijó audiencia pública.

- 30/04/2014, R.522.XLIV-REX. Se fijó audiencia pública.

- 15/08/2013, "Grupo Clarín SA y otro c. Poder Ejecutivo Nacional y otro".

- 14/08/2013, "Grupo Clarín SA y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ acción meramente declarativa". Se fijó audiencia pública informativa; convocar *amicus curiae.*

- 23/04/2013. Autorizar la intervención de Amigos del Tribunal, con arreglo al reglamento que forma parte integrante de la presente Acordada. Dejar sin efecto las acord. CS 28/2004 y 14/2006. Disponer que el nuevo régimen se aplicará para las causas en que el llamamiento de autos, o la recepción de los autos principales en el caso de los recursos de queja, tengan lugar con posterioridad a la publicación de la presente.

- 21/03/2012. Convocatoria amigo del tribunal. La Corte convocó a las organizaciones no gubernamentales, que tengan como objeto la temática judicial, a una reunión que se realizó en el día de la fecha a fin de debatir la regulación de la figura del amigo del tribunal (*amicus curiae*). Dicha invitación se extendió a personas individuales expertas en el tema.

- 07/11/2008, "Arte Radiotelevisivo Argentino SA c. Estado Nacional - dec. 1214/2003 s/ proceso de conocimiento".

- 12/09/2006, "AABA c. Estado Nacional - ley 26.080 s/ amparo-ley 16.986".

- 23/08/2006, "Facultad de Ciencias Médicas UNLP c. Universidad Nacional de La Plata s/ nulidad actos administrativos - MC - art. 32, ley 24.521".

- 27/07/2006, "Juplast SA c. Estado Nacional y AFIP s/ amparo".

- 03/05/2006, acord. 14/2006, amigos del tribunal — agregación de inc. 7º en el art. 1º de la acordada 1/2004.

- 14/07/2004, acord. 28/2014. Autorizar a tomar intervención como amigos del tribunal a terceros ajenos a las partes con reconocida competencia sobre la cuestión y sin interés en la resolución final del caso.

VI.9. Antecedentes en la provincia de Río Negro

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro sentó jurisprudencia respecto de la admisibilidad del *amicus curiae,* en una causa donde se debate un conflicto ambiental, donde, además, están involucrados los derechos de los pueblos indígenas, a raíz de la habilitación de la

explotación del oro con uso de cianuro en una zona cercana a Ingeniero Jacobacci, en la región sur rionegrina. La causa está caratulada: "Odarda, María Magdalena (*amicus curiae*) s/ presentación" (expte. 19565/04-STJ-). Dicha actuación se llevó a cabo en el marco del expediente caratulado: "CO.DE.CI. de la Provincia de Río Negro s/ acción de amparo", expte. 19439-274-04, con el fin de aportar argumentos sobre la preservación y la reserva del patrimonio natural, cultural y la biodiversidad en nuestra provincia, cuestionando el método de lixiviación con cianuro en la extracción de oro en Río Negro, habiéndose omitido el derecho de consulta y a la libertad de acceso a la información fidedigna y oportuna al pueblo mapuche, como asimismo, el derecho a la preservación del derecho a la salud, a gozar de un medio ambiente libre de contaminación y demás derechos de nuestros pueblos originarios, reconocidos por la Constitución Nacional, y Tratados Internacionales.

VI.10. Requisitos para que proceda la presentación del amicus curiae

La presentación podrá ser *de motu proprio* o a requerimiento del tribunal, y entre otros requisitos, requiere: a) presentar el escrito que no exceda de quince carillas con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio antes del llamado de autos para sentencia; b) fundamentar su interés para participar en la causa, sin revestir el carácter de parte ni asumir ninguno de los derechos procesales que les corresponden a estas; c) limitar la opinión fundada a la defensa de un interés público o una cuestión institucional relevante, entre otros.

VI.11. La gratuidad del amicus curiae

La actuación del *amicus curiae*, no devengará honorarios y no está sujeta al pago de costas, tasas y otros gravámenes, ni requiere patrocinio jurídico.

VII. La participación de las comunidades indígenas cuando se debate un conflicto ambiental

Nuestra provincia cuenta en su población con descendientes de pueblos originarios, en especial pertenecientes al pueblo mapuche-tehuelche. Por lo tanto, es de aplicación en Río Negro como lo es todo nuestro país lo referido a los derechos de los pueblos indígenas y tribales previstos en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Resulta significativo en la jurisprudencia local, la mención del Superior Tribunal de Justicia en la causa "Calcatreu", respecto del convenio de la OIT 169 **(18)**: Reparemos que el convenio 169 de la OIT es el instrumento más actualizado sobre la cuestión indígena y el trabajo. Fue adoptado en 1989, oportunidad en que la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo fue convocada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 junio 1989, en su septuagésima sexta reunión.

Allí se observaron las normas internacionales enunciadas en el convenio y en la recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957, y en aplicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación.

El preámbulo del convenio indica que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven. Ello así, porque se advertía que, en muchas partes del mundo, esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión.

Resulta menester, asimismo, destacar el art. 6º del convenio, en el cual se dispone: "Al aplicar las disposiciones del presente convenio,

(18) Causa "CO.DE.CI. c. Provincia de Río Negro s/ amparo colectivo".

los gobiernos deberán: a. Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. b. Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que los otros sectores de la población, ya todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan".

Asimismo, indica que las consultas llevadas a cabo en aplicación del convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Lamentablemente, estos derechos relacionados con el *deber de consulta libre, previa e informada* a los pueblos indígenas, por parte de los gobiernos, no son respetados en general, por ejemplo, cuando se trate de un emprendimiento económico que afecta su hábitat y biodiversidad.

Excepciones tenemos como el caso "Calcatreu", iniciado por Consejo de Comunidades Indígenas (CODECI) en la provincia de Río Negro en el año 2005.

Se trata de una acción de amparo colectivo, contra la decisión del Gobierno de explotar el oro con uso de cianuro en cercanías de la localidad de Ingeniero Jacobacci (comunidad que se encuentra en emergencia hídrica), sin dar cumplimiento al derecho a la consulta previa, libre e informada, previsto en el convenio mencionado precedentemente, y que fuera suscripto oportunamente por el Gobierno argentino.

El máximo tribunal hizo lugar parcialmente a la acción de amparo, frenando el emprendimiento, fundando el fallo entre otras consideraciones, en el incumplimiento del convenio 169 de la OIT.

Paralelamente, la Legislatura de Río Negro, sancionaba la llamada "ley anti-cianuro" que luego fuera derogada.

Otra de las causas donde se hace cumplir este derecho a la consulta es la identificada de la siguiente manera: CSJ 528/2011 (47-C)/CS2, autos "Comunidad Indígena Toba La Primavera - Navogoh c. Provincia de Formosa y otros s/ medida cautelar".

La sentencia de fecha 15/09/2015 indica, entre sus fundamentos, lo siguiente **(19)**: "frente al comienzo de la construcción de un centro de salud en un terreno de propiedad comunitaria, y en atención a los cortes de la ruta nacional 86 y de caminos vecinos, realizados por algunos miembros de la Comunidad Qom Potae Napocna Navogoh, en protesta por no haber sido consultados acerca de la obra, se insta a las partes a que continuaran con la colaboración mutua que se deben, a fin de que cada una de ellas contase con los elementos que les permitieran valorar adecuadamente las bondades del emprendimiento".

Por último, cabe hacer mención al proyecto que se encuentra en tratamiento de la Comisión de Pueblos Indígenas del Senado de la Nación, cuyo fin es regular el "derecho a la consulta libre, previa e informada", indicando entre sus fundamentos, lo siguiente: "Los Pueblos Indígenas han formado parte históricamente de los sectores más excluidos, marginados y desfavorecidos de nuestra sociedad. Ello ha repercutido negativamente en su capacidad para determinar el rumbo de su propio destino y les ha impedido adoptar decisiones sobre cuestiones esenciales que afectan sus derechos e intereses.

" El derecho a elegir y a participar en aquellas resoluciones que los afectan, es un elemento imprescindible para que los Pueblos Indígenas puedan proteger su cultura, su idioma, su tierra, territorios y recursos naturales, como pilares de la existencia de una sociedad.

" Existen legislaciones locales en extremo permisivas, que fomentan la apertura a todo tipo de iniciativas privadas y mega emprendimientos, que afectan la superficie, espacio aéreo y sub-

(19) En la causa CSJ 528/2011 (47-C)/CS2, 15/09/2015, "Comunidad Indígena Toba La Primavera - Navogoh c. Formosa Provincia de y otros s/ medida cautelar", Fallos 333: 1023, cita online: AR/JUR/29740/2015, disponible en *http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=724 727.*

suelo que componen el hábitat de diferentes pueblos, y que, además, acentúan un peligroso proceso de descomposición de las culturas originarias.

" Constituye hoy un deber para los estados que ratificaron el convenio 169 de la OIT, entre ellos la Argentina, el de consultar a los Pueblos Indígenas sobre todos los asuntos que pudieren afectarles directa o indirectamente en materia de su ambiente y biodiversidad, lo que implica para los cuerpos legislativos y ejecutivos de los distintos países, la necesidad de reglamentar los procesos destinados a regular la consulta y a obtener el Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI) del pueblo de que se trate, así como de adoptar las decisiones políticas que pudieren afectar intereses indígenas" **(20)**.

VIII. Los obstáculos a la participación ciudadana

A los fines de poder analizar en detalle algunos de los obstáculos a la participación ciudadana que van creciendo año a año y que van desalentando la misma, he elegido cuatro causas específicas a modo de "casos testigos".

Dos de ellos, "Aranea" y "Leonardelli", tienen puntos de similitud en cuanto a su objeto, pero difieren sustancialmente en la resolución que adopta el tribunal en cuanto a favorecer o desalentar la participación ciudadana. Ambos se inician con un reclamo relacionado con el derecho al libre acceso a la información en materia ambiental, tal como lo hemos referenciado anteriormente.

El caso "Calcatreu", además de hacer lugar a la acción iniciada por el organismo mixto representativo del pueblo mapuche en Río Negro, adquiere una importancia institucional importantísima, dado que sienta jurisprudencia sobre la presentación de los *amicus curiae,* o amigos del tribunal, y que luego fuera sustento de la ley de procedimiento provincial, única en su tipo en el país que regula la presentación de esta figura que posibilita la participación ciudadana en la Justicia en casos de trascendencia pública.

Y, por último, el caso "Nahuel Huapi", representa uno de los fallos con mayor número de escollos y gestos de "disciplinamiento" hacia quienes se atrevieron a ejercer el derecho a la participación ciudadana en el Poder Judicial en un caso de contaminación de uno de los espejos de agua más bellos y emblemáticos de nuestro país.

VIII.1. Caso "Nahuel Huapi" **(21)**

La finalidad de la acción de amparo ambiental presentada fue la optimización de la planta depuradora de San Carlos de Bariloche con el fin de evitar la contaminación del lago Nahuel Huapi, en función del vertido de líquidos cloacales arrojados en forma directa, o sea, sin tratamiento adecuado, al espejo de agua.

Es público y notorio, que la planta de tratamiento de líquidos cloacales de Bariloche, concesionada a la Cooperativa de Electricidad de Bariloche, es insuficiente y colapsa frecuentemente. Son comunes los vuelcos de crudo al lago generalmente en horarios nocturnos, no solamente desde el caño de salida de dicha planta, sino desde otros llamados "aliviadores" colocados en distintos puntos de la costa del Nahuel Huapi, dentro del Arroyo Ñireco y dentro del propio Lago.

Ante el nuevo vertido de casi un millón de litros de efluentes cloacales, constatado durante el domingo 20/12/2015, distintas organizaciones ambientalistas de la región y una senadora nacional rionegrina, se dieron cita, a fin plantear una acción de amparo colectiva, atento a la clara falta de soluciones concretas a la problemática y, lo que es peor aún, el desconocimiento de la misma por parte de las autoridades gubernamentales.

Entendieron los ciudadanos, que además de las amparistas, sumaron 6000 personas que se consideraron afectas por el desastre ecológico producido, resultaba imperioso que el Poder Judicial se involucrara, investigara y obligara al Poder Ejecutivo, a adoptar políticas de Estado y sancionara, a los responsables.

(20) Expte. 172/2018, autoría Magdalena Odarda, disponible en *https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/172.18/S/PL.*

(21) ST Río Negro, 09/11/2016, "Odarda, María Magdalena y Wieman, Ana - Sec. Asociación Árbol del Pie s/ derecho colectivo", cita online AR/JUR/3290/2004.

Todo ello en función de que, al reiterarse cada vez más a menudo este tipo de eventos, podía resultar irreparable el daño producido sobre el bien natural de dominio público.

Fue tal la relevancia de esta acción de amparo por la difusión nacional que adquirió, que el gobierno nacional dispuso incluir en el presupuesto para los años venideros casi 600 millones de pesos a fin de afrontar las obras necesarias.

Como antecedente, podemos citar que, a partir de diversas denuncias, con fotos y videos proporcionados por la Asociación ambientalista Árbol de Pie, y de otros materiales grabados por vecinos, la ex defensora del Pueblo de Río Negro, Dra. Ana Piccinini, presentó una acción de amparo (expte. 0603/156/10 de fecha 27/08/2010 ante el Juzgado Federal Nº 1 Secretaría Nº 1 de S. C. Bariloche), el que luego de seis años de tramitación no había producido ni una sola resolución de relevancia que proteja la crítica situación de contaminación del lago Nahuel Huapi. Resulta evidente que, durante esos seis años de demora, se siguieron vertiendo sin control, los líquidos cloacales al lago, tal como se indicó precedentemente.

Recientemente, los ciudadanos y la Defensoría del Pueblo fueron notificados de la sentencia del juez federal Moldes, donde condena al Departamento Provincial de Aguas, a Parques Nacionales y al Gobierno de Río Negro a hacer las obras en curso, haciendo lugar al reclamo, luego de nueve años de juicio.

Resolución: Rechazo. Con costas a la vencida (cf. art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com.), al igual que los recursos iniciados con posterioridad.

VIII.2. Caso "Aranea" **(22)**

Mediante acción de amparo colectivo, se requirió al gobernador de la provincia que informara en el término de 10 días, sobre a) el estado de situación de cumplimiento de los convenios suscriptos con la empresa estatal china Heilongjian Beidahuang Faros Business Trade Group Co. Ltd., en especial, si estos tuvieron algún tipo de principio de ejecución y en este caso, sobre qué áreas, ítems o cláusulas y b) haciéndosele saber que debían informar cualquier tipo de acción o nueva tratativa que el actual Gobierno estuviera realizando o pretendiera realizar en relación con lo que fue materia de los referidos convenios.

Resolución: La sentencia del 23/11/2008 dispuso hacer lugar a la acción de amparo ambiental colectivo, ordenando al Poder Ejecutivo Provincial que a) diera intervención previa a los Municipios y a todos los demás organismos provinciales e inter jurisdiccionales competentes; b) informara sobre lo actuado por las respectivas áreas de gobierno para el cumplimiento de lo resuelto. Asimismo, resolvió, que el Poder Ejecutivo dispusiera las medidas necesarias y urgentes para hacer efectivos los principios preventivo y precautorio y los estudios de planificación ambiental, de impacto ambiental, de impacto ambiental estratégico y del estudio de impacto conglobante, debiendo proveer los recursos necesarios para tal fin.

VIII.3. Caso "Leonardelli" **(23)**

Las ciudadanas ejercen el derecho a la información sobre la construcción y puesta en operación de la quinta central nuclear de origen chino en la costa atlántica rionegrina.

En esta ocasión, las Sras. Carolina Yvonne Leonardelli y Analía Martín interpusieron una acción de amparo informativo en el marco del art. 2º de la ley 1829, a fin de que se ordene al Poder Ejecutivo de la Provincia de Río Negro a brindar información relativa a los acuerdos o convenios firmados con la República Popular China o con el Gobierno Nacional, en virtud de la posible instalación de una central nuclear en el territorio provincial y cualquier otra información al respecto, como los detalles técnicos del funcionamiento de la planta, el tratamiento de los residuos, su disposición final, estudios de impacto ambiental realizados o a realizarse, teniendo en cuenta las áreas naturales protegidas que existen en la costa de Río Negro y la legislación local que las declara "zonas no nucleares". Indicaron que el día 14 de junio de 2017 solicitaron dicha información al gobernador y a la Se-

(22) "Aranea, Carlos H. y otros s/ amparo colectivo (ley 2779)", año 2011, expte. 25322/11.

(23) 09/08/2017, "Leonardelli, Carolina I. y otra s/ amparo", expte. 29378/17-STJ.

cretaría Legal y Técnica, y que el día 27/06/2017 el subsecretario Legal y Técnico, Dr. Calfueque, les informó que, a la fecha no fue recepcionado convenio y/o acuerdo alguno respecto de la temática requerida, y que, por ello, no era posible brindarles la información solicitada.

Por último, fundan la urgencia del caso en las expresiones del subsecretario de Energía de la Nación, Sr. Julián Gadano, quien precisó que el lugar de instalación de la planta nuclear, se definiría antes de finalizar el mes de julio de 2017.

Luego, solicitan información respecto de la visita de una comitiva de China a la zona de la costa atlántica de la Provincia de Río Negro, a partir del día 25/07/2017, calificando cualquier acuerdo relacionado con la instalación de la central nuclear en nuestra provincia como arbitrario y sin participación ciudadana.

Resolución: Se rechazó la acción por considerar el tribunal formalmente inadmisible. Con costas.

VIII.4. Causa "Calcatreu"

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro dictó la sentencia 72/2005, en fecha 16/08/2005 en la causa "CO.DE.C.I. de la Provincia de Río Negro s/ acción de amparo" (expte. 19439/04-STJ-) **(24)**.

Esta acción de amparo resulta emblemática por tratar un tema ambiental que genera conflictos en forma habitual, en las provincias argentinas andinas, especialmente luego de la sanción de la ley de "Presupuestos Mínimos de Protección de Glaciares".

Por ello, el tribunal hace lugar parcialmente a la acción de "amparo colectivo" interpuesta por el Consejo de Comunidades Indígenas en el marco de la ley 2887, a la que adhirieron las comunidades "Peñi Mapu" de Lipetren Chico y "Negpun Kurrha" de Mamuel Choique; la Comunidad Mapuche "Anekon Grande" de Clemente Onelli, la Comunidad Mapuche Urbana "Mongell Mamuel" de Viedma; y la Organización Nacional de Pueblos Indígenas en Argentina.

En un fallo ejemplar sobre el tratamiento de la "cuestión indígena", el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro ordena el cumplimiento —en el plazo de sesenta días— de las siguientes obligaciones constitucionales y legales como lo son observar el pleno respeto y la aplicación de las normas en vigencia, en cuanto a la pluralidad étnica; respeto del patrimonio social y cultural, preservación de los recursos naturales y el medio ambiente; información, consulta y participación de las comunidades originarias del área comprendida y sus aledaños.

Las comunidades indígenas citadas manifiestan que el emprendimiento de explotación de oro con uso del método de "lixiviación con cianuro" vulnera lo dispuesto por los arts. 5º y 31 de la CN al no reconocer principios, declaraciones y garantías y no respetar la jerarquía legislativa en materia indígena afectando el derecho subjetivo a la existencia del Pueblo Nación Mapuche.

A partir de la vigencia del dec. 310/1998, el Poder Ejecutivo, reconoció al Pueblo Mapuche los derechos previstos en la Constitución Nacional, su operatividad y en igual sentido, el convenio 169 OIT.

Indicaron los jueces que "la acción de amparo tiene un propósito bien definido, que es la necesidad de reconocimiento práctico y tangible, no teórico y formal, al Pueblo Mapuche, en su existencia, su cosmovisión y sus derechos, entre otros, a participar en la definición de las políticas y la gestión de las actividades que hacen a su cultura y organización social, el medio en el que viven y sus recursos naturales; la 'cuestión indígena' es una cuestión de juridicidad, o sea la existencia de un derecho indígena, con sus autoridades, que pretende ser reconocido y respetado dentro de un orden jurídico multiétnico y pluricultural, para recuperar a través del derecho, la identidad de las comunidades originarias".

Por su parte, la ley 3830 de la "Carta de los Derechos de los Ciudadanos de la Patagonia Argentina ante la justicia" dice textualmente: "El ciudadano de las comunidades originarias (o 'indígenas'), nativas, enraizadas o afincadas en

(24) Causa "CO.DE.C.I. de la Provincia de Río Negro s/ acción de amparo" (expte. 19439/04-STJ).

la región de la Patagonia con reconocimiento de sus derechos de preexistencia étnica y cultural según la reforma constitucional de 1994, en especial a la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y a la entrega de otras tierras aptas para su desarrollo, tiene derecho a ser atendido por todos los que prestan sus servicios en la Administración de Justicia de acuerdo con lo establecido en esta Carta, con las garantías de la Constitución Nacional y de la respectiva Provincia, sin sufrir discriminación alguna por razón de su raza, lengua, religión o creencias, particularmente cuando se trate de menores de edad y conforme a lo dispuesto por los Tratados y convenciones internacionales suscriptos y ratificados por la República Argentina y las Provincias de la Patagonia. Se garantizará el uso de intérprete cuando el ciudadano indígena que no conozca el castellano, hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución judicial que haga a sus derechos. Los ciudadanos indígenas de las Provincias de la Patagonia tienen derecho a recibir una adecuada protección de la Administración de Justicia con el objeto de asegurar que comprenden el significado y trascendencia jurídica de las actuaciones procesales en que intervengan por cualquier causa. Los jueces y tribunales, así como el Ministerio Fiscal, velarán en todo momento por el cumplimiento de este derecho. La Administración de Justicia asegurará una atención propia de la plena condición nacional de los ciudadanos de comunidades indígenas nacidos en el territorio de la República de conformidad a las disposiciones de la Constitución Nacional y de las Provincias de la Patagonia, los Tratados y convenciones internacionales ratificados por la República" **(25)**.

IX. Conclusiones sobre el análisis de los casos. La tendencia contramayoritaria

IX.1. Los obstáculos económicos

IX.1.a. En la causa "Aranea", el Superior Tribunal de Justicia hizo lugar al reclamo de los ciudadanos. No impuso las costas a estos, a los cuales liberó de abonar todo gasto del juicio.

Por el contrario, en las causas "Nahuel Huapi" y "Leonardelli", no solo impuso las costas a los amparistas, sino que, además, rechazó todo intento recursivo con imposición de costas nuevamente a los ciudadanos.

Quizás estemos ante el obstáculo más frecuente a la participación ciudadana en la justicia.

En su libro *La necesaria gratuidad en los trámites en las acciones de amparo vinculadas con la materia ambiental,* los autores Federico Gallo Quintián y Héctor Roberto Pérez Catella **(26)** indicaban que "La tutela del ambiente es concebida como un derecho y una obligación de los habitantes y autoridades de nuestro país por imperio de lo normado por el art. 41 de la CN. Por ello, la protección y preservación del mismo, como derecho-deber debe encontrar un camino adecuado que permita a cualquier persona requerir los medios suficientes para su preservación. En tal sentido, ha de ser harto importante que la legislación infraconstitucional permita la tutela judicial continua y efectiva y el acceso irrestricto a la justicia, cumpliendo con lo establecido por los arts. 18 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

En la provincia de Río Negro, el Código de Procedimiento Civil y Comercial, prevé artículos relacionados con las costas y gastos del proceso. Así, en el art. 68 indica textualmente: "La parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando esta no lo hubiese solicitado. Sin embargo, el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad. Por su parte, el art. 77 expresa: "La condena en costas comprenderá todos los gastos causados u ocasionados por la sustanciación del proceso y los que se hubiesen realizado para evitar el pleito mediante el cumplimiento de la obligación".

(25) "Carta de los Derechos de los Ciudadanos de la Patagonia Argentina ante la justicia".

(26) GALLO QUINTIÁN, Federico – PÉREZ CATELLA, Héctor R. (h), "La necesaria gratuidad en los trámites en las acciones de amparo vinculadas con la materia ambiental", 2003, disponible en *www.saij.jus.gov.ar.*

Pero la regla general de aplicación del art. 68 cae, ante la jurisprudencia y las normas internacionales o nacionales de raigambre constitucional, con relación a causas donde se tratan derechos colectivos.

Por ejemplo, con relación a las causas de naturaleza ambiental, las normas destacadas para evitar la imposición de costas en procesos de incidencia colectiva como es el derecho a un medio ambiente sano y libre de contaminación, se basan en los arts. 41, 43 y 75, inc. 22, de la CN, art. 1.1, 8.1 y 25 de la CADH y arts. 2º, inc. c), 19 a 21 y 32, ley nacional 25.675.

Quizás uno de los casos paradójicos, donde las ciudadanas se presentan ante el máximo tribunal provincial peticionando que cese el volcado de líquidos cloacales en el lago Nahuel Huapi, es la causa caratulada "Odarda y Asociación Árbol de Pie".

En dicha causa, la actual senadora nacional por Río Negro junto con la asociación ecologista "Árbol de pie" presentaron otra acción de amparo, ante los tribunales provinciales en el marco de la ley 2779.

Lo extraordinario fue que recibieron el apoyo de más de 6000 ciudadanos, lo cual convirtió esta causa judicial en la que recibiera mayor participación activa en la historia de Río Negro en materia ambiental.

En la mencionada causa judicial, a la que llamamos causa "Nahuel Huapi", si bien el voto de cuatro miembros del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro resultó de rechazo con imposición de costas a los ciudadanos, cabe destacar el voto en minoría del Dr. Mansilla, el cual resulta contundente al afirmar que "la principal razón por la cual no debía imponerse las costas a las amparistas, ni a los demás firmantes de la acción, es por tratarse, precisamente, de un amparo colectivo ambiental, fundado en la ley provincial de Río Negro 2779, *donde no existe pretensión económica alguna de las partes demandantes, sino antes bien, un interés altruista por la defensa del ambiente y una preocupación legítima para mantener limpio y en condiciones de saneamiento adecuado al lago sobre el cual la misma comunidad desarrolla sus proyectos y actividades, y desde el cual obtiene el agua para beber*. El reconocimiento de nuevos principios aplicables al derecho ambiental a través de la ley 25.675 impone un nuevo paradigma y un nuevo modo de analizar los institutos previstos en los códigos de procedimientos. En este sentido, cada norma procesal debe resultar observada conforme lo establecido por la norma sustantiva, que resulta contundente cuando refiere, que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales, no admitirá restricciones de ningún tipo o especie" **(27)**.

En el recurso extraordinario presentado por las amparistas, cuestionando la imposición de costas ante el mismo Tribunal, el Dr. Mansilla agregó a su fundamentación en la instancia anterior, lo siguiente: "Además estimo oportuno recordar que en autos, ya he advertido que se imponía en el caso, la eximición de las costas para la amparistas, en tanto no las consideraré perdidosas en su reclamo inicial —amparo ambiental—, ni en su pretensión de que la justicia provincial asuma el resguardo de los valores en juego que exceden la eventual contaminación del lago Nahuel Huapi —y de sus consecuencias ecológicas inmediatas, mediatas y remotas— para extenderse a la salud y economía de los ciudadanos barilochenses (...). Respecto del reclamo ambiental, este no ha sido desestimado, sino que se ha determinado la conveniencia de que su trámite se anexe al proceso ya iniciado en el Juzgado Federal, por razones de economía y para evitar eventuales pronunciamientos contradictorios" **(28)**.

De este voto en minoría podemos destacar, que la ley 25.635 General del Ambiente impone un nuevo paradigma y una nueva manera de interpretar los códigos de procedimientos. Este criterio entra en colisión con el fallo mayoritario, que se limitó a aplicar el texto del art. 68 del Código de Procedimiento, y a imponer las costas a los ciudadanos que denunciaron y lograron probar la contaminación.

Ese fallo, en que respecta a la imposición de las costas a vecinos y organizaciones sin fines de lucro como lo es la "Asociación Árbol de Pie"

(27) Voto Dr. Mansilla en causa "Odarda y Wieman s/ amparo colectivo"; el destacado me pertenece.

(28) ST Río Negro, "Odarda y Wieman s/ amparo colectivo", voto en minoría del Dr. Mansilla.

ha puesto en cuestión la validez de un tratado internacional suscripto por la Argentina (arts. 1.1, 8.1 y 25 ,CADH), de leyes del Congreso (arts. 2º, inc. c], 19 a 21 y 32, ley 25.675), y la decisión ha sido en contra de su validez (art. 14, inc. 1º, ley 48).

Asimismo, se ha cuestionado la inteligencia de diversas cláusulas de la Constitución (arts. 14, 18, 41, 43 y 75, inc. 22) y la decisión resultó en contra de la validez de los derechos allí reconocidos (art. 14, inc. 3º, ley 48), ambiente sano (art. 41, CN) y a un recurso efectivo en pos de su defensa (arts. 1.1, 8.1 y 25, CADH), por lo que se estaría inaplicando tanto el derecho nacional, como el internacional.

Existen antecedentes directos en que el máximo tribunal de Río Negro ha resuelto sobre honorarios y gastos en causas colectivas, por ejemplo, en: "Domínguez, Mariana y otros s/ amparo".

Así en general, las causas iniciadas por la ley 2779 se resolvían disponiendo que cada parte del juicio afrontaba el pago de honorarios y gastos generados por ellas mismas, o sea, se trataba de evitar que las costas no resulten una carga o un castigo para la parte perdidosa en amparos colectivos, más aún si los vencidos eran los ciudadanos que acudían a la Justicia en busca de la reparación de un derecho constitucional presuntamente conculcado.

Este criterio ha cambiado en los últimos años en ciertas causas judiciales.

Mientras que en las causas "Leonardelli" y "Nahuel Huapi", de reciente resolución, se aplica el criterio de la "imposición de costas al derrotado", sabiendo que esta decisión puede desalentar la participación ciudadana, en las causas más antiguas, como la causa "Calcatreu" y "Aranea", se imponen o "costas por su orden", en el primero, o "sin costas" por la naturaleza del reclamo.

Por último, no debemos olvidar que no son solo las costas las que recaen sobre el ciudadano que acude a la justicia en busca del restablecimiento de un derecho constitucional vulnerado de carácter ambiental y resulta perdidoso, sino que, además, los vecinos y organizaciones sin fines de lucro, deben afrontar otros gastos, como el pago de asistencia letrada, tasas de justicia, gastos y honorarios de peritos, etc.

IX.1.b. Las costas en la ley 16.986 de Amparo nacional

Resulta oportuno poner de resalto lo dispuesto por la ley nacional 16.986 con respecto a las costas.

Esta indica que las costas se impondrán al vencido y que no habrá condena en costas, si antes del plazo fijado para la contestación del informe a que se refiere el art. 8º, cesará el acto o la omisión en que se fundará el amparo.

Esto es así, porque muchas veces podría perjudicar al particular que accionó en procura del restablecimiento del derecho vulnerado, y la autoridad hace cesar el acto u omisión lesiva antes de la contestación del "informe" referido. En tal caso, las costas serán impuestas en el orden causado. Si no fuera así, todos los gastos irrogados en el transcurso del proceso (pericias, informes de impacto ambiental y los honorarios de los peritos y abogados), seguramente le ocasionarán serias desventajas económicas al ciudadano y operarán como obstáculo para el efectivo acceso a la justicia en procura de la defensa del ambiente.

IX.1.c. Contradicciones entre los fallos de la justicia federal y la justicia provincial

En virtud del mandato de la ley 16.986, resulta evidente que, en distintas oportunidades, la justicia federal y la provincial han adoptado criterios distintos relacionados con la competencia en causas ambientales y en la imposición de costas a los ciudadanos.

Podemos citar a modo de ejemplo la causa "Larroulet, Néstor R. c. Provincia de Río Negro (DPA) s/ amparo ley 16.986" (expte. 12.212/2015), donde la Justicia Federal resolvió el problema de la "competencia" en el sentido exactamente inverso al acogido por el actual Superior Tribunal de Justicia en la causa "Odarda y Wieman s/ amparo colectivo" ; en "Larroulet", sin imponer las costas al ciudadano y en la causa "Nahuel Huapi", con expresa imposición de costas a las amparistas.

Por otra parte, en fecha 25/08/2015, la titular del Juzgado Federal de Viedma a cargo de la Dra. Mirta Fillipuzzi en la causa caratulada "Nicolás, Rochas c. Provincia de Río Negro (DPA) s/ amparo ley 16.986", expte. 12.212/2015, declinó la competencia, y en este caso, tampoco impuso las costas al ciudadano.

En los casos citados, la Justicia Federal se declara "incompetente" pese a tratarse de un reclamo sobre un río que recorre distintas provincias, como lo es el Río Negro, y en ninguno de los casos referenciados impone costas a los ciudadanos.

En síntesis, la imposición de costas en causas colectivas, sobre todo, en aquellas donde se debate un conflicto ambiental, incluye un mensaje solapado hacia el resto de la sociedad, en el sentido de disciplinarla e impedir cualquier tipo de instancia en que cualquier miembro de ella pudiera realizar cuestionamientos a las decisiones del poder de turno, menoscabando así el derecho de hacer uso de los recursos legales del sistema, destinados a proteger derechos o bienes que nos importan a todos como sociedad.

IX.1.d. Otros fallos sobre imposición de costas y gastos del juicio a los ciudadanos, en causas judiciales en el país

Con referencia a la acción de amparo vinculada a la materia ambiental, la regulación que efectúa la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el art. 14 resultó ser la más benigna, en cuanto permite la efectiva protección de este derecho, pues asegura la gratuidad de los trámites y destaca expresamente que, salvo temeridad o malicia, el amparista estará exento de costas.

IX.1.d.i. Provincia de Salta

La Corte de Justicia de Salta confirmó la sentencia en el caso por la contaminación del río Arenales e impuso las costas a las demandadas vencidas **(29)**.

Por otro lado, en fecha 26 de octubre de 2018, la Corte de Justicia de la misma provincia, dictó sentencia en "Mercado, Amelia E. y otros c. Municipalidad de la Ciudad de Salta, Provincia de Salta, Marozzi SRL — amparo — recurso de apelación" (expte. CAM 380.533/12 — CJS 37.896/15) **(30)**, *confirmando por mayoría la sentencia de fondo que había ordenado* "a los codemandados Provincia de Salta, a la Municipalidad de la Ciudad de Salta y a CoSAySa, a confeccionar, presentar y ejecutar un Plan de Manejo del Río Arenales, un Plan Sanitario de Emergencia, y un Plan de Monitoreo en los plazos, con los objetivos y las pautas enumeradas en el consid. VIII". Asimismo, la decisión condenó "a la razón social Néstor A. Marozzi SA a retirar los metros necesarios de avance de su propiedad, para que los límites del inmueble Catastro 88.825 del Departamento Capital coincidan con los estribos del puente sobre la Avenida Tavella y, de corresponder, oportunamente retire la franja de terreno que eventualmente surja luego de fijada la línea de ribera, todo ello en un plazo no mayor de 60 días corridos del dictado de la presente"

Asimismo, la Corte de Justicia de Salta revocó la imposición de costas por su orden y las impuso, por todas las instancias, a las demandadas vencidas.

En cuanto a las costas del proceso, se sostuvo que "tratándose el amparo do un trámite indiscutiblemente bilateral y contencioso, con una parte actora y otra demandada, procede aplicar, en materia de costas, la regla procesal del art. 67 del Cód. Proc. Civ. y Com., que las hace soportar al perdedor siguiendo el principio objetivo de la derrota (cfr. esta Corte, 85:521; 184:987; 216:641, entre otros). Por lo demás, cabe señalar que para apartarse del mencionado principio y disponer la exención de costas al vencido, deben expresarse fundamentos suficientes que demuestren lo injusto que resultaría su imposición a esa parte, tales como la configuración de una situación compleja o dificultosa, la novedad de la cuestión, la existencia de doctrina y jurisprudencia contradictorias, el cambio de las mis-

(29) CJ Salta, "Mercado, Amelia Emilia y otros c. Municipalidad de la Ciudad de Salta, Provincia de Salta, Marozzi SRL - amparo - recurso de apelación", expte. CAM 380.533/12 - CJS 37.896/15, *https://classactionsargentina.com/2018/11/07/tutela-colectiva-del-medioambiente.*

(30) "Mercado, Amelia E. y otros c. Municipalidad de la Ciudad de Salta", "Provincia de Salta, Marozzi SRL - amparo - recurso de apelación", expte. CAM 380.533/12 - CJS 37.896/15.

mas y la ausencia de previsión legislativa, entre otras (cfr. esta Corte, 79:1027; 80:117; 208:175); extremos que no se verifican en la especie, pues la falta de la necesaria especificación de las singularidades del caso, de los distintos pronunciamientos a los que refiere y de las supuestas conductas disvaliosas que atribuye a indeterminados vecinos (v. fs. 915 punto IX), no permite tener por cumplida la exigencia de fundar adecuadamente la excepción al principio objetivo de la derrota en materia de costas".

Por último, cabe citar otro fallo de la misma Corte Suprema de Salta, en la causa "Zaindemberg" del 26 de febrero de 2015 **(31)**.

Los jueces desestiman la acción de amparo ambiental planteada por los accionantes en instancia inferior y en la apelación ante la Corte Suprema de Salta los amparistas: "se agravian de la imposición de costas pues alegan que la acción fue iniciada en defensa de derechos colectivos que provienen de un proceso constitucional de protección del medio ambiente y que en virtud de las particularidades del caso, es dable considerar —sostienen— que actuaron sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado y que han tenido razón plausible para litigar".

En el consid. 14, uno de los jueces de la Corte Suprema de Salta vota: "14) Que, en materia de costas, esta Corte tiene resuelto de manera reiterada, que en los procesos de amparo deben aplicarse a la parte vencida de la pretensión, con arreglo al principio objetivo de la derrota contenido en el art. 67 del Cód. Proc. Civ. y Com. (Tomo 64:221, 309, 563; 71:63; 148:353, entre otros) y que el apartamiento de ese principio es de carácter excepcional y deben existir razones fundadas para ello (Tomo 103:169)".

La Corte Suprema de Salta termina resolviendo "rechazar los recursos de apelación interpuestos en autos y en su mérito confirmar el fallo impugnado, con costas".

IX.1.d.ii. Provincia de Buenos Aires

Respecto de la jurisprudencia en los tribunales de la provincia de Buenos Aires, resulta significativo citar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de La Plata en la causa 68.826, "Manuel Aguirre SA c. Subsecretaría Política Ambiental de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", de fecha 05/11/2008.

En la parte resolutiva indica: "En cuanto a la forma en que fueron fijadas las costas del proceso, debe recordarse, que es doctrina de esta Suprema Corte, que su imposición y distribución es una típica cuestión de hecho, facultad privativa de los jueces de grado y como tal irrevisable en sede extraordinaria, salvo el supuesto de absurdo".

IX.1.d.iii. Provincia de Neuquén

Con relación a la imposición de costas en los tribunales neuquinos, podemos citar la causa "La Continental Andina SA c. YPF SA y otros s/ acción de amparo" del 10/12/2002. Entre los considerandos podemos citar lo siguiente: "Entrando a considerar las cuestiones planteadas, cabe destacar que en materia de amparo se remite a las disposiciones comunes reguladas por el código procesal, siendo principio rector el de la derrota, consagrado por el art. 68 del Cód. Proc., con las excepciones previstas por la segunda parte del dispositivo, supeditadas a la apreciación judicial" **(32)**.

Pero más allá del caso mencionado, la jurisprudencia ha tenido ocasión de merituar que "La eximición de costas que autoriza el art. 68 del CPCCN procede, en general, cuando media 'razón fundada para litigar', expresión esta que contempla aquellos supuestos en que, por las particularidades del caso, cabe considerar que el vencido actúo sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado en el litigio" (08/02/1994, sala II, "D'Ovidio, Marta L. c. ENTel s/ juicio de conocimiento").

En tal orden de ideas se ha entendido que existe "razón valedera para litigar" cuando la parte ha podido creer con fundamento que la acción podía ser viable. Ello va más allá de una

(31) *https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2015/03/2015-02-26-corte-salta_zaindemberg-hugo-ricardo-amparo-ambiental-legit-pasiva-rep-adec-flex-formas.pdf.*

(32) JCiv. Nº 3, 10/12/2002, "La Continental Andina SA c. YPF SA y otros s/ acción de amparo", expte. 1467-CA-2, disponible en *http://200.41.231.85/cmoext.nsf/e7aa66ac58741f91802568a9004df014/95de25b69667c0d403257060006eaf98?OpenDocument.*

simple apreciación subjetiva si no, antes bien, ella debe poseer entidad suficiente como para excepcionar, en la medida que dicha valoración coincide con la que razonablemente podría haber hecho un tercero, a partir de elementos objetivos y serios fundamentos **(33)**.

En el caso "Hidalgo" **(34)**, los jueces son claros al indicar: "El art. 68 del ritual no es absoluto pues esa misma norma contempla en su segundo párrafo una excepción al mismo, otorgando a los jueces un margen de arbitrio que deberá ser ponderado en cada caso en particular y siempre que resulte justificada la eximición".

IX.1.d.iv. Proyectos de ley

A los fines de remover estos escollos y obstáculos a la participación ciudadana, se presentó en el año 2018 un proyecto de ley modificatorio de la Ley General del Ambiente.

Dicho proyecto contempla lo siguiente: **"**Todo proceso de incidencia colectiva promovido en defensa del ambiente estará exento de cualquier tipo de gasto causídico. Esta garantía regirá para todas las etapas procesales, y alcanza también a la obligación de dar contra cautela como condición del despacho de medidas cautelares. Solo cuando el magistrado hubiere constatado que la demanda promovida hubiese sido llevada adelante de manera temeraria o maliciosa podrá imponer las costas a la parte actora en caso de derrota".

Entre los fundamentos del proyecto se indica que "La realidad ha demostrado que no obstante la garantía de acceso irrestricto a la justicia ambiental expresada en el art. 32 de la LGA, son muchos los casos en que la misma es soslayada, v.gr., el pago de depósito previo como condición de admisibilidad de un recurso ante los tribunales superiores de justicia, el pago de caja previsional de abogados y procuradores y tasa de justicia como condición de admisión de una acción en materia ambiental, el pago de adelanto de gastos periciales como condición de diligenciamiento de una medida probatoria, el pago de costas en caso de derrota. De esta manera se hace necesario que, a través de una ley, dictada a tenor del art. 41, párr. 3º de la CN, deje aclarado el alcance de esta garantía y torne inaplicable cualquier disposición legal, tanto a nivel federal o provincial, que pretenda legitimar la imposición de pago de cualquier concepto que condicione el ejercicio de las acciones ambientales de incidencia colectiva".

IX.2. Los obstáculos procedimentales

El criterio procesal que debe primar en las causas ambientales, lo estableció la Corte Suprema de Justicia en los Fallos 329:3493 **(35)**: "En asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser particularmente interpretadas, con un criterio amplio que ponga el acento en el carácter meramente instrumental de medio a fin, revalorizando las atribuciones del Tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del 'juez espectador' (...). De ello se deriva que la aplicación mecánica o literal del Código de rito para imputar defecto legal a una demanda cuya pretensión responde a presupuestos sustanciales diversos de aquellos que se tuvieron en mira al dictar la normativa procedimental, peca de excesivo rigorismo formal".

En Río Negro, podemos observar cómo aparece el obstáculo del "excesivo rigorismo formal" en las causas analizadas.

En la causa "Nahuel Huapi", primó en la sentencia dictada, —salvo el voto en disidencia del Dr. Mansilla— el argumento procedimental sobre las reglas especiales de un amparo donde se trata la afectación del ambiente.

La sentencia que derivó en un rechazo al reclamo ciudadano se basó en una eventual "similitud" de objeto procesal perseguido y de "los mismos sujetos intervinientes" que, en otra causa —esta vez tramitada ante el Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche—, cuya sentencia llegó 8 años después de iniciada, mientras la contaminación del espejo de agua se agravaba.

(33) Confr. COLOMBO, Carlos J., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. I.

(34) Sala I, "Hidalgo, Selva E. c. Provincia del Neuquén s/ acción de amparo PI año 2000 —328/329—".

(35) Fallos 329:3493.

También se argumentó la necesidad de evitar "fallos contradictorios" y "el principio de economía procesal".

Asimismo, reiteró el criterio procesal que debe primar en las causas ambientales.

En causas tramitadas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se reiteró el criterio procesal que debe primar en las causas ambientales.

En la causa CSJ 1569/2004 (40-M)/CS1, "Mendoza, Beatriz S. y otros e/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios - daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo" **(36)**, en lo que constituyó un avance procesal del expediente principal vinculado con el saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo, la Corte Suprema de Justicia dictó un fallo en el que analizó la excepción de defecto legal opuesta por las demandadas.

En esa ocasión la Corte afirmó "que corresponde rechazar la excepción de defecto legal, si la forma en que la actora ha planteado su reclamo —a pesar de lo escueto de la narración de los hechos ocurridos y de la genérica imputación de responsabilidad efectuada—, no le impidió de manera alguna a los codemandados, el ejercicio amplio de su defensa tal como de modo manifiesto se desprende de las contestaciones respectivas (...). Y no hay dudas que la presente causa tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva configurado por el ambiente. En este caso, los actores reclaman como legitimados extraordinarios para la tutela de un bien colectivo el que, por naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible, ya que, primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, dará lugar al resarcimiento".

Sucedió lo propio en autos "Custet Llambí, María Rita —defensora general— s/ amparo" **(37)**, donde el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro declaró mal concedido el recurso de revocatoria interpuesto por la defensora general de dicho Estado local contra la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo colectivo.

La Corte entendió que, en el caso, concurren las circunstancias que permiten superar dicho óbice formal, pues en principio, la posibilidad de que la actora pueda replantear por otra vía procesal, el análisis y resolución de la controversia resultaría ilusoria, ya que —tal como surge del relato efectuado— al declarar mal concedido el recurso de revocatoria, el Superior Tribunal provincial convalidó la sentencia que resolvió sobre el fondo del asunto".

También ponderó la Corte que, "al momento de decidir sobre la procedencia del recurso de revocatoria, la situación ambiental llevaba un prolongado tiempo sin resolver e incidía negativamente en la salud de niñas, niños y adolescentes que habitan las zonas afectadas, lo cual demuestra que los efectos de la sentencia apelada, son susceptibles de causar agravios al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueden resultar de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior".

IX.2.a. La Ley General del Ambiente y el excesivo formalismo

En materia ambiental, la propia Ley General del Ambiente, el art. 32, párr. 1º, establece que "El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales, no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general" **(38)**.

El voto del Dr. Mansilla en la causa "Nahuel Huapi" es esclarecedor en este tema. Aquí, la utilización de la institución de la "competencia", es utilizada como elemento contramayoritario.

La contradicción de asumir, por un lado, el actual Superior de Justicia la competencia de la causa "Betelu", donde se reclama sobre posi-

(36) CS, 20/06/2006, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios - daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo", Fallos 329:2316, cita online: AR/JUR/1945/2006, disponible también en *https://sj.csjn.gov.ar/sj.*

(37) CS, 11/10/2016, "Custet Llambí, María Rita —defensora general— s/ amparo", CSJ 2810/2015/RHI, Fallos 339:1423, cita online: AR/JUR/66759/2016, *http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos.*

(38) Ley General del Ambiente, art. 32.

bles perjuicios que origina la actividad nuclear —que por ley nacional corresponde a la competencia federal— fue una decisión que favoreció la participación ciudadana.

Pero por el otro, sucedió lo contrario (causa "Nahuel Huapi") ya comentado.

En la causa "Aranea", el tribunal, hace efectivo la aplicación de la Ley General del Ambiente, y ordena informar a los ciudadanos sobre el impacto del emprendimiento sojero en el Valle Medio de Río Negro, mientras que en la causa "Leonadelli", rechazó la petición ciudadana de brindar información sobre la instalación de una central nuclear en la costa atlántica con fundamentos formales.

Para concluir, podemos citar la obra de Lorenzetti, Ricardo L. "Teoría del derecho ambiental", donde afirma "que el juez tiene la función primordial de prevenir el daño ambiental, como parte de la colectividad que goza y usa del ambiente. No es un simple espectador en las cuestiones ambientales y debe ejercer la doble responsabilidad como juez y parte interesada en la conservación del ambiente" **(39)**.

IX.3. Obstáculos relacionados con el trato al ciudadano

En ocasiones, el accionar de la Justicia atenta contra la facilitación de la participación ciudadana, cuando las organizaciones sienten indiferencia o directamente destrato, siendo que su deseo de contribuir a defender derechos de incidencia colectiva es de naturaleza altruista, además de constituirse en una obligación, según nuestra propia Constitución.

Nuevamente, el voto minoritario del Dr. Mansilla, en la causa "Nahuel Huapi" es de destacar al señalar: "En materia de Política Ecológica, nuestra Constitución impone no solo el derecho de los habitantes rionegrinos a gozar de un medio ambiente sano, sino el deber de preservarlo y defenderlo (art. 84). El art. 85, por su parte, legítima a los habitantes para accionar ante las autoridades en defensa de los intereses ecológicos reconocidos en esta Constitución".

IX.4. Cambios de criterios con relación a la aplicación de los principios de la Ley General del Ambiente: "principios preventivo y precautorio"

En los casos "Aranea" y "Leonardelli", el mismo Superior Tribunal de Justicia aplicó ambos principios de la Ley General del Ambiente solo en el primero. Así, se aplicaron los principios *preventivo y precautorio* en la causa "Aranea", más nada se dijo de ellos en la causa "Leonardelli" varios años después, donde los jueces, además, rechazaron el reclamo de información sobre una cuestión ambiental con argumentos formales e impusieron las costas a las ciudadanas.

X. Conclusión

Resulta importante destacar la importancia de la creciente evolución actual de la jurisprudencia ambiental, desde la creación de la Secretaría de Juicios Ambientales en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Además, es importante sostener que a partir de la intervención del defensor del Pueblo de la Nación a fines de 2002 y de la declaración de competencia de la CS en 2006 en la causa "Mendoza" se incrementó la participación ciudadana en coordinación con algunas instituciones del Estado.

Mas, luego del estudio sobre el estado de la participación ciudadana en causas judiciales ambientales de interés público en Río Negro, puede observarse la tendencia contramayoritaria de algunos jueces o en ciertos fallos del actual Superior Tribunal de Justicia.

Dicha tendencia puede obedecer a distintas razones, como lo es el desinterés de algunos jueces en fomentar las distintas herramientas de participación ciudadana, el incumplimiento de la legislación vigente respecto a promocionar distintas herramientas participativas, o directamente, la decisión de sus miembros de poner obstáculos de naturaleza económica, procesal o de otro tipo, a lo ciudadanía deseosa de participar en causa de interés colectivo que terminan

(39) LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría del derecho ambiental", Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 224; CCiv. y Com. Corrientes, sala IV, 17/05/2006, "Cirignoli".

vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por la Constitución Nacional.

El incumplimiento de mandatos legales como lo es el art. 8º de la ley de *amicus curiae* es una muestra de dicho desinterés o incumplimiento del mandato legal.

El *amicus curiae* resulta una herramienta novedosa para que los ciudadanos que se consideran *amigos del tribunal* acudan a la justicia en causas ambientales, dado que Río Negro es una de las pocas provincias que ha sancionado su propia ley de procedimiento para ponerla al servicio de los vecinos. Sin embargo, choca aquel espíritu de los legisladores que sancionaron la ley, con el incumplimiento del Superior Tribunal de Justicia y del Poder Legislativo rionegrino de difundir su alcance, hacerla llegar al conocimiento de los ciudadanos, lo cual, en definitiva, significa obstaculizar su uso.

Puede observarse dicha actitud discernida o no, cuando comparamos el apoyo dado a la misma figura por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en contraposición con el accionar de la alta magistratura rionegrina.

Así, aun actuando en el marco de una acordada y no de una ley (que resulta de mayor jerarquía constitucional), en el período analizado en el presente trabajo, la Corte le ha dado trámite a más de 20 memoriales de *amicus curiae,* iniciados por organizaciones no gubernamentales y ciudadanos independientes, por el contrario, el Superior Tribunal de Justicia, solo recibió escasos memoriales de *amicus curiae,* decayendo el número de presentaciones durante los últimos años.

Otro indicio que demuestra la importancia que el actual Superior Tribunal de Justicia le otorga a la necesidad de fomentar la figura es que la propia Biblioteca del Poder Judicial de Río Negro ha informado formalmente, "que no existe registro de los *amicus curiae*, presentados en el Poder Judicial de Río Negro", a diferencia del Registro creado en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Asimismo, el hecho de que no existen partidas presupuestarias relacionadas con hacer conocer y promocionar el uso de esta herramienta en el presupuesto del Poder Judicial —aprobado anualmente por la Legislatura de Río Negro— da cuenta de dicho desinterés.

Quizás en los obstáculos económicos ya descriptos, sumado a los ya referenciados en el análisis de las cuatro causas judiciales elegidas para su análisis, radique con mayor claridad la tendencia contramayoritaria, y el efecto "disciplinador" que adquieren algunos fallos judiciales para la ciudadanía.

El efecto de los obstáculos económicos especialmente, son caracterizados con precisión por el especialista y referente de FARN (Fundación Ambiente y Recursos Naturales) Dr. José Esaín **(40)**, quien indica que "Dejando de lado los obstáculos culturales y sociales, seguramente el escollo más frecuente y difícil de sortear para acceder y transitar por el proceso judicial sea de naturaleza económica. Es que, en líneas generales, quien deba recorrerlo a lo largo de cada una de sus etapas, deberá afrontar los gastos que le genera contar con la asistencia de algún letrado. A ello debe sumarse que deberá abonarse la tasa de justicia, solventar los gastos que irrogue la tramitación de diligencias ante reparticiones públicas —la anotación de medidas cautelares, por ejemplo— o privadas, el arancel por la recepción o contestación de un oficio, asumir los anticipos para gastos que soliciten los diferentes peritos de los que se intentare valer para acreditar los hechos expuestos en la demanda, los honorarios de los diferentes profesionales intervinientes... Frente a obstáculos de esta naturaleza y la desigualdad que se genera entre aquellos que pueden sortearlos y aquellos que no, es el Estado quien debe intervenir para nivelar tales diferencias".

Ello significa claramente que se imponen restricciones al derecho a la tutela judicial efectiva en algunos fallos recientes, pero en definitiva este comportamiento genera un grave daño a la participación ciudadana en la justicia.

Antes que nada, ello implica la posible vulneración a la Convención Americana de Derechos Humanos que impone a los Estados parte una obligación fundamental, que es respetar todos

(40) ESAÍN, José, "El acceso a la justicia en materia ambiental", Fundación Ambiente y Recursos Naturales.

los derechos y libertades reconocidos, y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Por ello, "todo menoscabo a esos derechos que puedan atribuirse, en el marco del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un acto imputable al Estado, que asume responsabilidad en los términos previstos en la Convención" **(41)**.

A su vez, es el art. 8º de dicha convención el que obliga al Estado argentino a cumplir con la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a todas las personas bajo su jurisdicción cuando alguno de sus derechos reconocidos por la Constitución o las leyes internas del Estado hubieran sido vulnerados; recursos que deberán ser necesariamente substanciados conforme las reglas del debido proceso sustantivo **(42)**.

Así, teniendo presente que los ciudadanos no poseen la posibilidad de acceso total y libre a la justicia, ni la facultad de hacer uso de las herramientas de participación ciudadana —que han tenido un amplio desenvolvimiento jurídico en el capítulo de "Nuevos derechos y garantías" de la Constitución Nacional—, podemos concluir que el Poder Judicial de Río Negro tiende a cerrarse sobre sí mismo, imponiendo obstáculos a la participación ciudadana en causas de alto interés público, lo cual significa haber entrado en una zona de alerta en los últimos años.

El efecto "disciplinador" de medidas como la imposición de las costas y gastos del juicio a los activistas ambientales, entre otras, resulta un verdadero retroceso en el avance de la participación ciudadana en el Estado de derecho.

De ninguna manera podemos desconocer el accionar de la ciudadanía, ya que, si no fuera en ocasiones por la oportuna denuncia en casos de contaminación y de diversos daños ambientales, estos no hubieran sido visibilizados a los ojos de los funcionarios que deben tomar las decisiones para remediarlo o hacer cesar en la contaminación.

Pero como contrapartida, tenemos la sensación de frustración que sufren frecuentemente los ciudadanos que conocen sus derechos, los ejercitan con no pocas dificultades y deciden manifestar su voluntad de aportar a la solución de un conflicto ambiental, para luego ser desoídos o sus declaraciones archivadas en algún expediente.

A modo ejemplificativo, podemos citar la voluntad de participar en acciones judiciales donde se debate —como en el caso "Nahuel Huapi" — el derecho a la salud y a gozar de un ambiente libre de contaminación, donde nada más, ni nada menos que 6000 rionegrinos concurrieron a la convocatoria del Superior Tribunal que aplicó la ley 2779, que los citaba a presentarse para integrar la causa al considerarse afectados por la contaminación del lago.

Lamentablemente, luego su participación pareció resultar infructuosa, al declarar la incompetencia del Superior Tribunal de Justicia para entender en la causa y remitir el expediente a otro fuero que se rige por otras reglas procesales y que para nada tiene en cuenta la opinión ciudadana.

Este es un hecho que claramente atenta contra la tan proclamada participación ciudadana.

Quizá para el Superior Tribunal de Justicia fomentar las herramientas de participación ciudadana en la justicia en materia ambiental implica costos y consume tiempo. Quizás entiendan que las decisiones pueden tomarse más fácilmente si se evita dar paso a la participación que puede implicar procesos complejos. O bien consideren que la participación genera expectativas que no se van a cumplir o que la participación resulta disruptiva y que puede profundizar conflictos entre el Poder Judicial y la comunidad **(43)**.

XI. El desafío de incrementar la participación ciudadana

Según Roberto Gargarella, resulta imperioso "superar el reto que significa diseñar e imple-

(41) Corte IDH, 29/07/1988, "Velázquez Rodríguez", párr. 164.

(42) Cf. Corte IDH, "Velásquez Rodríguez", "Fairén Garbi y Solís Corrales" y "Godínez Cruz", sentencias sobre excepciones preliminares, del 26/06/1987, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente.

(43) GARGARELLA, Roberto, "Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras, Claves para todos", Ed. Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004.

mentar programas de gobierno que incorporen la participación ciudadana".

El Estado rionegrino tiene tres caminos que puede decidir asumir: 1) considerar que la participación ciudadana puede constituirse en un elemento disruptivo en protección del ciudadano frente a actos de gobierno en materia ambiental, y, por lo tanto, el Poder Judicial pueda rechazarla, 2) considerar la participación como una verdadera política pública donde es el propio Estado el que la concibe necesaria para dar un salto de calidad en la gobernabilidad, o bien, 3) asumir un rol intermedio que significa incurrir en diversos actos de simulacro de participación cuando se debatan conflictos ambientales, que no redundarán en un beneficio ni para el Gobierno ni para la ciudadanía.

El reto para nuestra provincia y nuestro país es adoptar el segundo camino, indudablemente.

Mientras algunos autores consideran que el mayor problema al que nos enfrentamos es que nos falta a los argentinos una cultura participativa, en la provincia de Río Negro los ciudadanos han demostrado no dudar en participar en causas ambientales en forma altruista, y con dicha actitud solidaria han logrado decisiones como en el caso "Nahuel Huapi", donde el Gobierno Nacional dispuso una suma millonaria para construir la ampliación de la planta de líquidos cloacales y de esta manera evitar el vertido de los líquidos cloacales en crudo al lago.

Para finalizar podemos señalar que las herramientas de participación ciudadana existen, pero también existe en la actualidad una tendencia a convertirlas en "abstractas", lo que hay que revertir en lo inmediato, por el bien de nuestro ambiente y del bienestar de las actuales y futuras generaciones.

XII. Posibles soluciones

Entre las posibles medidas a adoptar por el Estado, a los fines de fomentar la participación ciudadana en la Justicia, podemos citar:

- Promover la sanción por el Congreso Nacional y por las legislaturas provinciales de leyes similares a la legislación de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, que refiere a la exención de costas y otros gastos del juicio a los accionantes en causas ambientales.

- Diseñar políticas públicas de participación ciudadana estratégicas con una adecuada estructuración de las técnicas y herramientas diseñadas, que deben comenzar con clarificar expectativas y generar capacitación de los actores.

- La política pública de participación, debe percibirse como creíble y apropiada por los ciudadanos para que se muestren dispuestos a participar, facilitando así su implementación y forma simplificadas de acceso.

- Los ciudadanos deben confiar en que su participación tendrá sentido, que producirá algún efecto en la reparación o resarcimiento del daño en el ambiente. Resulta altamente perjudicial para la participación ciudadana que se generen expectativas al ser convocados por el Estado a participar, y que luego se enfrenten con una especie de ritual vacío de contenido, o carente de toda influencia real en la toma de decisiones.

- Poner en vigencia el art. 8º de la ley que reglamenta el *amicus curiae* en Río Negro, con el fin de que la ciudadanía pueda acceder a esta herramienta, como, asimismo, disponer de partidas presupuestarias a los fines de hacer efectivo dicho mandato legal expresado en la propia ley.

- Poner en vigencia el art. 15 de la ley 2779 que establece que "Promovida la acción, se dará publicidad a la misma por medio de edictos, radio, televisión o cualquier otro medio que el juez estime conveniente. La publicidad de la demanda deberá contener una relación circunstanciada de los elementos de la misma en cuanto a personas, tiempo, daño ambiental actual o futuro y lugar" **(44)**. Hoy el tribunal ordena publicar edictos por 3 días y lo hace solo en un diario de tirada provincial. Dados los avances tecnológicos, sería factible el uso de las redes sociales para llegar a mayor cantidad de interesados en dicha participación.

(44) Ley 2779. Regula el procedimiento en amparos por derechos colectivos y difusos en Río Negro.

- Hasta tanto se sancione la ley modificatoria de la LGA, en cuanto a los gastos y costas del juicio, es necesario que los jueces respeten la Ley General de Ambiente, en lo concerniente a la "competencia" para intervenir, y la segunda parte del art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de Río Negro, que dispone, que "el Juez puede en casos concretos, disponer la eximición de las costas" para no desalentar la participación ciudadana, o bien disponer costas 'por su orden', para que cada parte solvente sus propios gastos y honorarios que genere la causa.

- Por último, en los demás gastos de juicio donde se debaten causas ambientales, que evidentemente el ciudadano común no puede afrontar, el Estado debe hacerse cargo de ellos, ya sea declarando el beneficio de litigar sin gastos de oficio o a instancia de parte, en pos del principio de "igualdad" de las partes en el proceso, afrontar gastos de pasajes, gastos de peritajes, honorarios de peritos, etcétera.

- Eliminar formalismos excesivos.

- Ampliar la legitimación activa (facilitando que más ciudadanos u organizaciones accedan a los tribunales rápidamente y sin complejidades).

- Incluir dentro de las asignaturas de Educación o Instrucción Cívica en escuelas de nivel medio el estudio de todas las herramientas de participación ciudadana para la defensa del ambiente, en los tres poderes del Estado.

RECURSOS NATURALES

El derecho de naturaleza ambiental, la naturaleza del ambiente y la construcción social del ambiente

Mario Aníbal Burgos (*)

Daniel E. Denmon (**)

Sumario: I. El derecho de naturaleza ambiental.— II. Conclusión.

I. El derecho de naturaleza ambiental

La ley 26.854, promulgada el 29/04/2013, al regular las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, introduce un agravamiento de los requisitos para su procedencia al sostener que la pretensión cautelar debe indicar de manera clara y precisa el perjuicio que se procura evitar, la actuación u omisión estatal que lo produce y el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar (art. 3º, inc. 2º).

Por su parte, el art. 2º, inc. 1º, de dicho texto legislativo determina que el juez incompetente debe abstenerse de dictar medidas cautelares. No obstante, el inc. 2º establece que la providencia cautelar dictada contra el Estado Nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente solo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria o cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

En estos casos, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y la vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco días.

La interpretación literal de esta ley nos hace plantear dos interrogantes relativos a la protección efectiva del ambiente.

En primer término, nos preguntamos si el cumplimiento de los extremos legales para la procedencia de la medida cautelar tiene entidad suficiente para perturbar la protección precautoria ambiental, basada justamente en la duda activa, en la incertidumbre científica, en la imposibilidad actual de precisar con claridad los efectos dañosos que razonablemen-

(*) Abogado, especialista en Derecho Administrativo, doctorando en la carrera de Doctorado en Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE; docente titular de Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente en la Universidad de la Cuenca del Plata; docente JTP de Sociología en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE; integrante PEI-FD 2020/06, "El derecho ambiental y las modificaciones que aporta al derecho positivo argentino", 2020-2022.

(**) Abogado, profesor universitario en Ciencias Jurídicas; especialista en Docencia Universitaria; especialista en Derecho Procesal Constitucional; máster en Derecho Ambiental; doctor en Derecho; integrante del grupo de investigación Deodoro Roca bajo la dirección de la Dra. Ph. Dora Ayala Rojas, PI Acreditado ante la Secretaría General de Ciencia y Técnica - UNNE, 16 G 001, "La dimensión jurídica de la Globalización. Impacto en el nuevo código", codirector, Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas- U.N.NE. PEI-FD 2020/06, "El derecho ambiental y las modificaciones que aporta al derecho positivo argentino", 2020-2022, director.

te se sospecha que podrían acaecer en un caso determinado.

Un segundo llamado de atención nos surge acerca de la interpretación de lo que la norma en cuestión denomina "derecho de naturaleza ambiental", ya que de dicha interpretación dependerá la eficacia de una medida cautelar dictada por juez incompetente.

De estas cuestiones, es la segunda la que inspira la realización de este trabajo, con el ánimo y la voluntad puestos en plantear las dificultades que, a nuestro entender, se suscitan a poco de iniciar un intento de establecer qué entendemos cuando hablamos de un "derecho naturaleza ambiental".

Así, es sabido que en el campo del Derecho es conveniente, en todo momento, precisar y aclarar los conceptos para aplicarlos en cada caso concreto. Ello nos impulsa a preguntar: ¿puede protegerse apropiadamente al ambiente sin antes conocerlo y comprenderlo en todas sus dimensiones?

El vector que traza la dirección y el sentido de nuestras reflexiones se caracteriza por lo que llamamos la construcción social del ambiente. Es decir, el ambiente imaginado por las personas de una sociedad que, a partir de la percepción objetiva de la realidad fenoménica, se representan simbólicamente un ambiente ficticio, que esta adquiere para ellos, o mayor relevancia que el ambiente real. La realidad simbólica en buena medida sustituye la realidad fenoménica.

Esta idea conduce a la pregunta: ¿tienen las distintas sociedades diferentes visiones del ambiente? La respuesta nos indica que sí, que existen pueblos que veneran a la tierra y guardan con ella un trato sacro, sin dejar, no obstante, de aprovechar respetuosamente los recursos que les brinda. Por otra parte, en ciertas sociedades industriales, sobre todo en occidente, imaginan a la naturaleza como una inagotable fuente de recursos y tienen un trato utilitario con ella.

Podemos afirmar que en ambos modelos de sociedad se destaca el valor de la representación simbólica de la realidad que cada cual configura a partir del contacto existencial directo.

Algunos ejemplos de daño ambiental como la contaminación de un río, la afectación negativa de la biodiversidad de un ecosistema, los efectos de la tala indiscriminada de un bosque, dan cuenta de una complejidad probatoria, y si esos casos no están exentos de dificultades, qué decir cuando se trata de la perturbación del regular modo de vida de una comunidad; de la ofensa a tradiciones, usos y costumbres de un pueblo; de la agresión a las ideas, valores y creencias de una comunidad o de la interferencia lingüística que indica la situación lingüística en la cual uno o varios elementos o estructuras de una determinada lengua se introducen en otra y la comunidad de hablantes reacciona con lealtad a su lengua **(1)**.

En este orden de ideas, lo que es vida digna para un grupo social no siempre lo es para otra cultura, de manera que es conveniente estar alertas para no caer en el etnocentrismo y al cabo entender que cada sociedad tiene sus propios parámetros. Estas constelaciones de sentidos y significados sociales caros a la identidad de los pueblos, en ocasiones diferentes, tienen que ser comprendidas y protegidas, sin que ello implique que deban ser compartidas por el jurista o el juzgador.

Entendemos que "la naturaleza ambiental de un derecho" puede ser calificada, aunque no suele a veces ser así, con facilidad en casos claros y precisos, cuando se involucran recursos naturales, ríos, bosques, el aire, la fauna y flora o cuando se afecta el patrimonio cultural, previamente determinado legalmente.

Pero cuando se trata del ambiente creado socialmente, cuando por ejemplo un río tiene para un pueblo un valor cultural y espiritual, como el río Whanganui en Nueva Zelanda **(2)**, más allá de su mera condición de recurso hídrico, estaríamos transitando por una zona de penumbra que dificulte su caracterización como un "derecho de naturaleza ambiental".

(1) CORREDOR TAPIAS, Joselyn, "Aproximación a la sociología del lenguaje: Hacia unas consideraciones generales", *Cuadernos de Lingüística Hispánica* nro. 31, enero-junio 2018, ps. 59-77.

(2) CAFFERATTA, Néstor A. – PERETTI, Enrique O., "Nuevos desafíos del derecho ambiental", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 32.

Para ahondar sobre el tema de la dimensión cultural del ambiente, seguimos a Horacio Rosatti **(3)** quien postula un enfoque sistémico del ambiente compuesto básicamente por dos dimensiones: naturaleza y cultura. La condición sistémica radica en que los elementos de ambas dimensiones guarden diversos niveles de interrelaciones. Entonces, la perspectiva del estudio del ambiente debe ser holística. Para ello conviene indagar sobre las relaciones entre lo natural y lo cultural, de qué manera se hilan las redes de vínculos recíprocos entre la naturaleza y la cultura.

Al enfoque sistémico del ambiente planteado conviene agregarle el componente social. El ambiente se entiende como un sistema integrado por elementos naturales, sociales y culturales. El ser humano es un ente biológico, un animal esencialmente raciona y emocional, fatalmente gregario.

Es por ello que el ser humano se va adecuando a su medio y a la vez lo va transformando, lo va adaptando a sus necesidades. Influye sobre su medio y al mismo tiempo es influenciado por este.

Comúnmente el concepto de cultura se refiere al nivel de educación alcanzado o la afinidad con las bellas artes. Cuanto más refinada es una persona más culta se la supone. En términos sociológicos, el término "cultura" se refiere a la totalidad de lo que aprenden los individuos en tanto miembros de la sociedad. Es una forma de vida, un modo de pensar, sentir y actuar.

La clásica definición de Taylor (1871), todavía muy citada, nos refiere su extensión: "Cultura es el todo complejo que incluye al conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, la costumbre, y cualquier otra capacidad y hábito adquirido por el hombre en cuanto que es miembro de la sociedad" **(4)**.

Por su parte Geertz sostiene al referirse al tema que "Creyendo con Max Weber que el hombre es un animal inserto en tramas de significación que él mismo ha tejido, considero que la cultura es esa urdimbre y que el análisis de la cultura ha de ser, por lo tanto, no una ciencia experimental en busca de leyes, sino una ciencia interpretativa en busca de significaciones. Lo que busco es la explicación, interpretando expresiones sociales que son enigmáticas en su superficie" **(5)**.

En Sociología, se suele caracterizar a la cultura como "diseños de formas de vida: los valores, las creencias, la conducta, las costumbres y los objetos materiales que constituyen la forma de vida de un pueblo" **(6)**.

Pero todo ello es aprehendido por el ser humano en un proceso de socialización, entendido este como el proceso en el que los miembros de una comunidad adquieren la cultura de esa sociedad.

Por su parte, en el plano de las relaciones sociales, las acciones se hallan impregnadas de significados determinados por pautas culturales. La acción humana tiene un motivo y un propósito, un sentido que debe ser comprendido. Las conductas están determinadas por un conjunto de ideas, creencias, valores, conocimientos, costumbres y tradiciones que se integran en un sistema de normas: jurídicas, morales, religiosas, científicas, económicas, políticas, estéticas, etcétera.

Así, llegamos a la conclusión de que "... Cultura y sociedad son conceptos complementarios inseparables. No hay sociedad que pueda existir sin cultura y la cultura solo existe en la sociedad **(7)**. Pero cada sociedad tiene su propia cultura, y subculturas, y con ellas se identifica. Cuenta con sus propias instituciones, ideas, valores y creencias. Queda por ver, a la sazón, un concepto de sociedad puesto que la "realidad social" necesariamente se gesta, desarrolla y

(3) ROSATTI, Horacio D., "Derecho ambiental constitucional", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 37 y 38.

(4) CHINOY, Ely, "La sociedad: una introducción a la sociología", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 36.

(5) GEERTZ, Clifford, "La interpretación de las culturas", Ed. Gedisa, Barcelona, 2003, 12ª reimp., p. 20.

(6) MACIONIS, John – PLUMMER, Ken, "Sociología", Ed. Pearson, Madrid, 2011, 4ª ed., p. 118.

(7) CHINOY, Ely, ob. cit., p. 35.

transforma en un contexto sociocultural. Tiene un carácter histórico evolutivo, aunque cada sociedad tiene su propio ritmo de cambio.

El repertorio de conceptos de sociedad está superpoblado y no pretendemos agregar uno más. Nos basta una caracterización de sociedad al estilo de Ely Chinoy **(8)**, que comienza por señalar que el primer dato es la asociación humana, pero con vocación de estabilidad y perdurabilidad. Los individuos que la integran tienen entre sí relaciones sociales de distintos tipos, grados y niveles. Las relaciones sociales se integran mediante acciones sociales, comportamientos y conductas sociales, que son complejas, pero no caóticas, sino que están orientadas, determinadas y reguladas por un sistema de normas de conducta, por instituciones. En definitiva, por la cultura.

La sociedad, siguiendo al referido autor, es la trama de las relaciones sociales, integrada por los múltiples y diversos papeles y estatus sociales distribuidos en la enorme variedad de grupos sociales y categorías sociales. Actualmente, las redes sociales ponen en contacto a personas de distintas comunidades, con culturas diferentes que pueden integrarse relativamente e influenciarse recíprocamente, planteando escenarios multiculturales.

"La interrelación sociedad-naturaleza es notoria, e implica también la consideración del ser humano en ese contexto, no solo desde la observación de lo individual sino en su relación con el 'otro', alteridad que también muestra evidencias de ampliarse hacia el resto de los seres vivos e incluso hacia el propio planeta" **(9)**.

En definitiva, si de conocer el ambiente se trata, conviene tener presente la complejidad de su dimensión sociocultural y sus relaciones con la naturaleza, real e imaginaria. "En la actualidad, ningún análisis serio que pretenda hacerse sobre la temática ambiental puede prescindir de su impacto en la sociedad. Y, asimismo, la sociedad, y en particular el desarrollo de la misma, se vinculan directamente con la naturaleza. Podríamos afirmar que asistimos hoy a una especie de ambientalización de lo social y su correlato, la socialización de lo ambiental" **(10)**.

Vale apuntar que los seres humanos, además de percibir la realidad natural, construyen una realidad simbólica. Un objeto de la realidad sensible es observado por un sujeto que busca en su mente una idea que se refiera a ese objeto. Lo piensa y luego lo describe mediante el lenguaje.

Entonces, el principio básico que un científico social debe respetar es cuidarse de no proyectar en la investigación sus juicios de valor, es decir sus preferencias estéticas o políticas **(11)**. Si indaga sobre los valores que inspiran y determinan las conductas sociales, debe conservar en lo posible la objetividad. Lo principal es lo que valen para los miembros de una comunidad, no lo que representan para el observador. Si un científico estudia comportamientos sociales, su labor específica consiste en interpretar el sentido de las conductas, resultante del plexo de ideas, valores, creencias e instituciones.

Debemos recordar en este punto que "cuando el investigador se enfrenta a la realidad social no está frente a una típica situación que vincula a un sujeto (quien investiga) y un objeto (entidad a ser medida), como es habitual en las ciencias de la naturaleza. La realidad social supone una naturaleza de complejidad diferente a la existente en los fenómenos físicos y orgánicos. El investigador social, situado en un determinado orden social, intenta comprender a otros sujetos que se encuentran también posicionados como él en una determinada sociedad, para ello utiliza sus propias significaciones a fin de encontrarle sentido a lo que considera como realidad" **(12)**.

En síntesis, los fenómenos naturales y sociales se observan directamente como hechos reales, mediante una experiencia existencial. Pero son interpretados merced a la estructura de símbolos y significados dominantes en una sociedad. Preexiste una realidad empírica y se construye una realidad cultural.

(8) Ibid., p. 45.

(9) CAFFERATTA, Néstor A. – PERETTI, Enrique O., ob. cit., p. 47.

(10) *Ibid.*, p. 49.

(11) RAYMON, Aron, "Las etapas del pensamiento sociológico", Ed. Siglo XX, Buenos Aires, 1980, t. II, p. 229.

(12) SERBIA, José María – CORZI, Carlos, "El proceso de producción de datos de la investigación social", p. 32.

II. Conclusión

Podemos entender que la naturaleza tiene distintos significados según la cultura que se trate y por ende los seres humanos adoptamos diferentes actitudes respecto de ella. La valoramos más o menos.

Algunas comunidades se sienten parte inseparable de la naturaleza y la veneran, otras la ven como fuente de recursos que debe ser dominada y poseída. De modo que el ambiente no es solamente lo que es sino lo que se "interpreta" que es sobre la base del repertorio de ideas que tiene una sociedad.

La vivencia fenoménica, el trato experimental con el ambiente es reinterpretado a partir de la trama de significados que pueblan la cultura de una sociedad y de esa forma, para esas personas su interpretación es su realidad.

Entonces, el ambiente, ¿es lo que es? ¿Es lo que creemos que es? ¿Es lo queremos que sea? El planteo de estas cuestiones debería sostenerse sobre la premisa de que es erróneo separar naturaleza y sociedad. No obstante, esta disociación persiste en el imaginario colectivo como idea de que la naturaleza debe ser conquistada y dominada por la cultura.

En la práctica, los seres humanos nos recortamos de la naturaleza, la fragmentamos, la clasificamos, la cuantificamos y la ponemos enfrente como una cosa susceptible de apropiación. Perdiendo de vista que inexorablemente formamos parte del ecosistema y que no podemos escapar a las consecuencias de nuestras propias acciones.

La idea responde a las afirmaciones acerca de que "para la mayoría cuando se habla de la naturaleza no se incluye al hombre, esto significaría que el hombre en algún momento salió de la naturaleza o que nunca estuvo integrada a la misma" y "más allá de ello comparto la idea que la raza humana en algún momento dejó de pertenecer a reino animal y se transformó en otra cosa" **(13)**.

Por todo lo expuesto, los estudios sobre el ambiente exigen una perspectiva interdisciplinaria sobre la base de los campos complementarios de las ciencias naturales y las ciencias sociales. Estimamos conveniente un replanteo metacognitivo de la faena de investigación científica sobre el ambiente, evitando su atomización. La Ecología nos brinda una base conceptual extensa, pero conviene que el estudio del ambiente recoja los tributos de la antropología, sociología, economía, derecho, ética, axiología y de la historia.

Al cerrar las últimas líneas de este trabajo caemos en la cuenta de lo difícil que es exponer nuestras ideas; cada concepto revela niveles asombrosos de complejidad. En ningún punto nuestra intención es resolver las cuestiones planteadas sino llamar la atención sobre la problemática que representan. Esto requiere apartarse de los enfoques unidimensionales y cerrados que con frecuencia desembocan en conclusiones arbitrarias que pretenden pasar por obvias.

Interpretamos que la expresión "un derecho de naturaleza ambiental" se refiere la esencia ambiental, aquello que hace que ese derecho sea calificado como ambiental. Ahora, hay que determinar lo ambiental, la naturaleza (índole) del ambiente. ¿Qué es el ambiente?

Vale, y mucho echar mano al enfoque sistémico del ambiente: Naturaleza (elementos abióticos y bióticos, físicos, químicos, orgánicos e inorgánicos, etc.), culturales y sociales. Considerando en todo momento la interrelación e interdependencia que caracteriza al ecosistema.

Es cara a nuestra reflexión la comprensión de que los aspectos socioculturales que describimos ameritan ser tenidos en cuenta a la hora de calificar lo ambiental de un derecho, con el alto propósito de brindarles adecuada protección ya que la naturaleza puede explicarse si se entienden sus relaciones de sucesión y causalidad, pero la trama cultural que canaliza las conductas sociales impregnadas de significados requiere un paso más. La cultura ha de ser comprendida.

(13) RODRÍGUEZ, Carlos A., "Lecciones de derecho ambiental", Ed. Moglia, Corrientes, 2020, ps. 10-11.

CASOS COMPLEJOS

Justicia ambiental en clave no antropocéntrica

Ríos, montañas, animales y otros sujetos de derecho

María Elisa Rosa (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La opinión consultiva 23/17 de la Corte IDH.— III. Algunos casos de reconocimiento como sujetos de derecho a entes no humanos y decisiones ecocéntricas.— IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

En los últimos años ha tomado especial relevancia el debate en torno a la existencia de derechos en los animales no humanos y en entes de la naturaleza. Se discute si resulta verdaderamente necesario, a los fines de su efectiva tutela, otorgarles personalidad jurídica o si bastaría con reforzar las normas que —hoy vigentes— tienden a su protección.

Si bien la tradición occidental ha insistido en que únicamente los humanos son seres cognoscentes, morales y, por lo tanto, sujetos revestidos de derechos, han surgido distintos ensayos que rompen esos límites. Entre ellos se encuentra el reconocimiento de derechos a la naturaleza **(1)**.

Decisiones judiciales y opiniones de tribunales internacionales alrededor del mundo avanzan en el sentido de dotar de derechos a animales y entes naturales, enrolándose en una tendencia que parece hoy imponerse, caracterizada por un enfoque ecocéntrico o no antropocéntrico, lo que deja planteado el escenario de una (¿nueva?) justicia ambiental.

II. La opinión consultiva 23/17 de la Corte IDH

La opinión consultiva 23, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), del mes de noviembre del año 2017, titulada "Medio ambiente y derechos humanos", deja de lado la clásica mirada antropocéntrica y adopta una visión eco-biocéntrica, inspirada en las constituciones y leyes latinoamericanas.

En su apartado 62, establece: "Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexi-

(*) Abogada; mediadora; magíster en Gestión Ambiental (UCASAL); secretaria letrada en Asesoría de Incapaces N° 5 del Ministerio Público de Salta; miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad de la Universidad Católica de Salta (IDEAS UCASAL); coordinadora del Centro de Estudios de Derecho Animal Argentina.

(1) GUDYNAS, Eduardo, "Avances y ensayos sobre el reconocimiento jurídico de una naturaleza con derechos", *Sup. Amb.*, 23/11/2018, AR/DOC/2351/2018.

dad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales".

En este importante precedente, la Corte reconoce la importancia de la protección al ambiente, aun ante la falta de certeza sobre un posible riesgo al ser humano. También, considera que los bienes ambientales allí mencionados (bosques, ríos, mares) son merecedores por sí mismos de protección, desmarcándose de la clásica concepción antropocéntrica. Esa visión biocéntrica, puede formularse de la siguiente manera: no se requiere, para proteger al ambiente, que exista certeza sobre el riesgo a las personas individuales. Así, y como consecuencia de ese abordaje, sin duda por un lado la mirada excede a lo humano, mientras por el otro esa visión permite, justamente, un más elevado nivel de tutela de los derechos humanos. La OC supera y trasciende, entonces, la visión centrada en el antropocentrismo e ingresa decididamente en el biocentrismo o ecocentrismo **(2)**.

El instrumento en análisis, se ocupa de aclarar que la intención de la protección establecida, no se circunscribe a la utilidad que el ambiente o la naturaleza otorguen al ser humano, sino que también se establece por su importancia para los demás seres vivos, con quienes comparte el planeta.

Para llegar a estas conclusiones la CIDH se inspiró en los textos constitucionales que hemos comentado y también en las sentencias dictadas en nuestro país respecto al reconocimiento de derechos a animales no humanos, como fueron el caso de la orangután llamada Sandra, y de la chimpancé de nombre Cecilia **(3)**.

La claridad con que la CIDH aborda la cuestión resulta muy auspiciosa para quienes consideramos necesario avanzar hacia un verdadero y efectivo reconocimiento de la naturaleza y los animales no humanos como sujetos de derecho.

Prestigiosos autores sostienen que a través de esta OC, la CIDH sentó los cimientos de una teoría normativa **(4)** que adopta como punto de partida que el ambiente como bien colectivo debe ser protegido por su utilidad para el ser humano, pero no exclusivamente para este, sino también por y para los animales no humanos y por respeto a la naturaleza en sí misma.

(2) FALBO, Aníbal J., "La opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los daños individuales a seres humanos generados por el daño al ambiente", *Sup. Amb., 23/11/2018, 5, AR/DOC/2356/2018.*

(3) Sobre este punto, en nuestro país se han dictado importantes sentencias únicas a nivel mundial. El pasado 18/12/2014, el máximo tribunal penal de la nación reconoció a una orangutana llamada Sandra el carácter de "sujeto de derecho". Ello, se dio en el contexto de una acción de Habeas Corpus presentada por la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA), tendiente a conseguir la liberación de la orangutana Sandra. Los accionantes sostuvieron que su permanencia en el zoológico de Buenos Aires resultaba arbitraria y que su estado de salud físico y psíquico se hallaba profundamente deteriorado, con evidente riesgo de muerte. Argumentaron también que su cautiverio era un confinamiento injustificado, por tratarse de un animal con probada capacidad cognitiva. Por esas razones solicitaban su liberación e inmediato traslado y reubicación en el "Santuario de Sorocaba", situado al Este de São Paulo, Brasil. En una sentencia sin precedentes a nivel global, el pasado 18/12/2014, el máximo tribunal penal de la nación reconoció a una orangutana llamada Sandra el carácter de "sujeto de derechos". Ello, se dio en el contexto de una acción de Habeas Corpus presentada por la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA), tendiente a conseguir la liberación de la orangutana Sandra. Los accionantes sostuvieron que su permanencia en el zoológico de Buenos Aires resultaba arbitraria y que su estado de salud físico y psíquico se hallaba profundamente deteriorado, con evidente riesgo de muerte. Argumentaron también que su cautiverio era un confinamiento injustificado, por tratarse de un animal con probada capacidad cognitiva. Por esas razones solicitaban su liberación e inmediato traslado y reubicación en el "Santuario de Sorocaba".

(4) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Hacia una teoría normativa de los animales no humanos como titulares de derechos. La opinión consultiva 23/2017 de la CIDH", LA LEY 2018-C, 1, AR/DOC/658/2018.

III. Algunos casos de reconocimiento como sujetos de derecho a entes no humanos y decisiones ecocéntricas

III.1. Argentina

Río Atuel: la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el caso **(5)**, en diciembre del 2017 y rompió el modelo antropocéntrico imperante en la gestión del recurso hídrico, enmarcándose en un enfoque ecocéntrico o sistémico. Puntualmente afirmó: "La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión (...) ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema (...). El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario.

Nuestro Máximo Tribunal, ratificó el paradigma jurídico ecocéntrico/sistémico, en la causa "Majul" **(6)**, esta vez aplicado a ecosistemas de humedal, destacando además la utilización de principios emergentes del derecho ambiental, específicamente el *in dubio pro natura,* extraído de la Declaración de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), sobre Estado de Derecho en materia ambiental de Río de Janeiro, 2016; así como el principio *in dubio pro aqua* **(7)**.

III.2. Brasil

Dos localidades del estado de Pernambuco, han reconocido a la naturaleza como sujeto de derecho en sus leyes orgánicas. Ellas son, la localidad de Bonito en el año 2017 y la de Paudalho, en el 2018.

Más recientemente, el Superior Tribunal de Justicia de Brasil, en la resolución de fecha 21/03/19 (proceso REsp 1.797.175 / SP), en un caso sobre custodia de un loro que había vivido en cautiverio durante 23 años con la persona que lo mantuvo en su residencia, ordenó una serie de medidas, utilizando razonamientos inéditos para motivar la sentencia: 1) Reconocimiento de la dimensión ecológica del principio de dignidad de la persona humana derivado del actual desarrollo a nivel internacional del derecho humano al ambiente (OC 23/17 CIDH). 2) Redimensionamiento de la relación entre el ser humano y la naturaleza, a partir de un nuevo marco jurídico biocéntrico, reconociendo expresamente la relación de interdependencia entre los seres humanos y la naturaleza, rechazando la relación de dominación humana sobre los "otros seres de la comunidad planetaria". 3) Reconocimiento de la dignidad y el valor intrínseco del animal no humano y la naturaleza, incluido, en el caso de los animales no humanos, como miembros de la misma "comunidad moral compartida con seres humanos". 4) Rechazo del tratamiento legal-civil de los animales no humanos como simples "cosas", señalando la incongruencia entre el régimen legal de los animales no humanos en el Código Civil de 2002 y la Constitución, art. 225. 5) Utilización de la expresión "guardia", evitando así hablar de "posesión" de un animal no humano.

III.3. Colombia

El río Atrato. Mediante sentencia T-622/16, en el año 2016 la Corte Constitucional de Colombia declaró por primera vez que un rio, el Atrato, debía ser considerado como sujeto de derecho, y ordenó la inmediata protección y conservación tanto del rio, como de sus cuencas y afluentes.

Todo comenzó en el año 2015, cuando el Centro de Estudios para la Justicia Social "Tierra Digna", en representación de varios consejos comunitarios del departamento del Chocó,

(5) CS, 01/12/2017, "La Pampa, provincia de c. Mendoza, provincia de s/ uso de aguas", AR/JUR/84781/2017.

(6) CS, 11/07/2019, "Majul, Julio c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental", AR/JUR/22384/2019.

(7) PEÑA CHACÓN, Mario, "Enverdecimiento de las Cortes latinoamericanas, últimos avances jurisprudenciales", en *https://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/actualidad-juridica/enverdecimiento-de-las-cortes-latinoamericanas-ultimos-avances-jurisprudenciales.*

interpusieron una acción de tutela contra la presidencia, siete ministerios, la Agencia Nacional Minera y otras entidades del gobierno con el objeto de detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales. Sostenían que estas formas de minería incluían maquinaria pesada y sustancias toxicas como el mercurio, lo que causaba una grave afectación al río Atrato, a sus cuencas, ciénagas y humedales, provocando consecuencias nocivas e irreversibles para el ambiente y afectando los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitan. Denunciaban, asimismo, el abandono por parte del Estado colombiano de la infraestructura básica en la región y la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones para que dichas actividades ilegales no se lleven a cabo **(8)**.

En primera instancia la acción fue rechazada. Apelada esa decisión, es confirmada en segunda instancia. Finalmente, la Corte Constitucional hace lugar a la medida. En el texto de la sentencia se reconoce al río Atrato como una "entidad sujeto de derecho a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del estado y las comunidades étnicas". Para ello ordena al Gobierno nacional que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del rio, a través de la institución que el presidente designe, en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del Atrato, quienes estarían representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Gobierno colombiano, y que serían los "guardianes del río".

El 06/02/2019, la Corte Constitucional Colombiana, en la sent. C-045-19, declaró inconstitucional la *caza deportiva*, señalando que "El interés superior de protección del ambiente, y de la fauna como parte de este, obliga a la protección de los animales frente al padecimiento, el maltrato y la crueldad, Por consiguiente, la autorización legal de la caza deportiva, al estar orientada exclusivamente a la recreación —lo cual la distingue de otros tipos de caza— se fundamenta en una aproximación que no considera a los animales como parte del ambiente que debe ser protegido constitucionalmente, sino como recurso disponible para la realización de fines recreacionales particulares del ser humano, sin otra finalidad que su realización misma. En estas condiciones la caza deportiva es contraria al derecho al ambiente sano y a la obligación de que la educación está orientada, entre otros fines, a la protección del ambiente (arts. 67 y 79, CP).

III.4. Ecuador

El río Vilcabamba. El día 31/03/2011 se dictó la primera sentencia por la que se reconoce el derecho de un río a su propio cauce natural. El río Vilcabamba, protagonista de esta historia, se encuentra ubicado en una zona conocida como "El Valle de la Longevidad" (a 52 km de la localidad de La Loja y a 1.500 m de altitud). Este valle recibe ese llamativo nombre debido a la larga vida de sus habitantes. Su fama creciente, provocó que miles de personas quisieran visitarlo, y algunas hasta decidieron instalar allí su vivienda. Con toda lógica, ello provocó que paulatinamente la forma de vida ancestral que llevaban sus habitantes originarios se fuera modificando. Era tanta la afluencia de gente que —antes del año 2011— se diseñó un ensanche de la ruta Vilcabamba-Quinara.

El proyecto de ensanche se realizaría mediante excavaciones y depósito de piedras y tierra en el lecho del río Vilcabamba, lo que provocaría una alteración en su cauce natural. Ante ello, dos vecinos presentan una acción de protección, que llega a la segunda instancia judicial en la Sala Penal de la Corte Provincial de la Loja. La sentencia, consideró vulnerados los derechos de la naturaleza y dispuso medidas con la cuales se repararía el daño causado. Así, dispuso: "1) Aceptar el recurso planteado y revocar la sentencia impugnada declarando que la entidad demandada está violentando el derecho que la Naturaleza tiene de que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; 2).- Ordenar que el Gobierno Provincial de Loja, en el término de cinco días, inicie el

(8) BERROS, María Valeria – COLOMBO, Rafael, "Miradas emergentes sobre el estatuto jurídico de los ríos, cuencas y glaciares", *Revista Quadrimestrale Di Diritto DellÁmbiente,* nro. 1, G. Giapichelli, 2017.

cumplimiento de todas y cada una de las recomendaciones que el subsecretario de Calidad Ambiental le ha hecho mediante oficio No. MAE-SCA-20101727, dirigido al señor Prefecto Ing. Rubén Bustamante Monteros, y que constan en el considerando décimo de esta sentencia, caso contrario este Tribunal con la facultad que le otorga el cumplimiento de las sentencias se verá en la obligación de suspender la obra; 3) De conformidad al art. 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, delegar el seguimiento del cumplimiento de esta sentencia al director Regional de Loja, el Oro y Zamora Chinchipe del Ministerio del Ambiente, y a la Defensoría del Pueblo de Loja, quienes informarán periódicamente a esta Sala sobre tal cumplimiento y podrán deducir las acciones que sean necesarias para cumplir esta delegación; 4) Ordenar que la entidad demandada pida disculpas públicas por iniciar la construcción de una carretera sin contar con el licenciamiento ambiental. Deberá hacerlo mediante publicación en un diario de la localidad, en un cuarto de página".

III.5. India

Ríos y glaciares. En el año 2014, el abogado M. C. Pant, a pedido de un habitante, residente de la ciudad sagrada Haridwar, en Uttarakhand, por la que transcurren el río Ganges y el Yamuna, presentó una demanda en defensa de ambos ríos y sus afluentes. Sobre el Ganges declaró: "es como nuestra madre, pero está siendo descuidado".

El río Ganges, cuyo nacimiento se ubica en la cordillera del Himalaya, atraviesa decenas de jurisdicciones en su paso y ello provoca que el control sobre los estándares de su calidad ambiental se convierta en un problema, lo que llevó a su contaminación.

El 20/03/2017, la Corte Suprema de Uttarakhand, dictaminó que los ríos Ganges y Yamuna, como también sus afluentes, arroyos y todas las aguas naturales que fluyen con circulación intermitente o continuo de estos ríos, los que fueron declarados personas jurídicas con el estatus legal de persona, con todos sus deberes, derechos y obligaciones como una persona viva.

Se nombró como representante al director del Namami Gange, al secretario del estado de Uttarakhand y al abogado del mismo estado, quienes fueron declaradas personas *in loco parentis* (en lugar de los padres), para proteger, conservar y preservar los ríos Ganges y Yamuna y sus efluentes. Estos funcionarios se encuentran obligados a "defender el estatus de los ríos Ganges y Yamuna y también a promover la salud y el bienestar de esos ríos".

III.6. Nueva Zelanda

El río Whanganui. El 16/03/2017, la BBC **(9)** anunciaba al mundo que, tras 160 años de lucha, la tribu maorí de los Whanganui había logrado que el río con el mismo nombre (el tercero más grande del país) fuera reconocido como un antepasado, es decir, como una entidad viva. Finalmente el Parlamento había aprobado la ley que lo reconocía como tal.

"Yo soy el río y el río soy yo". Así resumen los Whanganui Iwi su relación con el río. El acuerdo, incluye una compensación de 80 millones de dólares neozelandeses (55 millones de dólares o 52 millones de euros) y otros 30 millones (20 millones de dólares o 19 millones de euros) para mejorar la salud del río.

Este caso no es pionero en Nueva Zelanda. Este país ya había reconocido anteriormente estatus de "persona jurídica" a un recurso natural, lo hizo con el Parque Natural Te Urewera en la Isla Norte en 2013.

IV. Consideraciones finales

La tutela del ambiente admite actores diversos, pero además propone nuevos, antes insospechados, que merecen un debate inevitable en la ciencia jurídica y otras ciencias.

El biocentrismo que proyecta el enfoque de la naturaleza como sujeto de derecho, plantea una reorientación de la relación entre el ser humano y la naturaleza, implica aceptar que formamos parte de un sistema natural complejo y debemos descartar el enfoque de la naturaleza-objeto, priorizando el de naturaleza-sujeto. Quiere decir además que el derecho ambiental

(9) *https://www.bbc.com/mundo/noticias-39291759.*

transita ahora hacia su ecologización para hacer prevalecer el bio-centrismo sobre al antropocentrismo y así entender de manera procaz la emergencia ambiental del planeta **(10)**.

(10) CRESPO PLAZA, Ricardo, "La ecologización del derecho ambiental frente a los derechos de la naturaleza", RDAmb 60, 380, AR/DOC/1309/2019.

Ante la crisis ambiental actual, y los malos resultados obtenidos mediante los mecanismos de protección vigentes hasta el momento, se hace necesario ensayar nuevas soluciones, y el reconocimiento de la naturaleza y los animales como sujetos de derechos parece ser una posibilidad que cada día se impone con más fuerza.

DERECHO URBANÍSTICO AMBIENTAL

Ordenamiento territorial y horizonte urbano-ambiental

Tomas Vasser (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El enfoque urbano-ambiental.— III. La vivienda digna y la regularización dominial como elementos clave del ambiente urbano.— IV. Breves nociones ambientales de la Ley de Acceso Justo al Hábitat.— V. Ordenamiento ambiental del territorio en espacios urbanos.— VI. El decreto-ley 8912/1977 y su relación con la ley 14.449.— VII. Conclusión.

I. Introducción

El art. 41 de la CN fue diseñado como marco normativo ambiental común para toda la Nación; sin embargo, la realidad social y natural de las provincias devino en una necesaria adecuación legal, teniendo en cuenta no solo la organización y la utilización de los recursos naturales de cada provincia, sino también la coexistencia con los centros urbanos. En ese orden de ideas la interpretación del art. 41 se ha debido realizar con un criterio que no se contraponga con su artículo hermano, el 124, es decir el dominio originario de los recursos naturales en las provincias. Si bien se ha intentado contraponer estos artículos y diseñar un plano de superioridad de uno sobre el otro, la Corte Suprema recientemente se ha expedido sobre la correcta interpretación constitucional; así ha dicho: "Antes que buscar la confrontación de sus mandatos, los arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional deben ser interpretados buscando adaptar la gestión de los recursos naturales a las directivas de la cláusula ambiental, para cumplir de la forma más fidedigna posible un mecanismo propio del federalismo concertado que estableció el constituyente reformador de 1994. En ese marco, la tarea de concertación federal es primariamente de las autoridades políticas nacionales y provinciales, que deben conjugar intereses para potenciar el cumplimiento del texto constitucional, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución" **(1)**. Para poder llevar a cabo políticas ambientales concretas y efectivas, en los territorios nacionales, provinciales y municipales, es necesario un diálogo entre las diferentes cláusulas constitucionales, obteniendo beneficios individuales sin comprometer los derechos de incidencia colectiva. Para poder lograr ese objetivo de base, el mencionado art. 41 declara la necesidad de aplicar leyes de presupuestos mínimos, cuerpos legales de base común obligatoria para todo el territorio nacional los cuales constituyen un piso inquebrantable, del cual las provincias y los municipios, solo podrán legislar siempre hacia medidas más protectorias, nunca hacia medidas más regresivas (esto se entiende como el principio de progresividad, del art. 4º de la Ley General del Ambiente), la más importante de todas esas leyes de presupuestos mínimos es la ley 25.675 General de Ambiente. Esta ley en pocos artículos resume objetivos, principios esenciales, garantías procesales, fondos económicos de protección ambiental a nivel federal y, entre muchas otras cosas, instrumentos de la política y la gestión ambiental. Me detengo en este punto, ya que es el eje central del trabajo.

(*) Abogado (UNLP); subdirector del Instituto de Derecho Ambiental del Colegio de Abogados de La Plata; miembro de las Clínicas Jurídicas de Derecho Ambiental de la Universidad Nacional de la Plata; ayudante adscripto de la cátedra de Derecho de Minería y Energía (UNLP).

(1) CS, 04/09/2019, "Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", cita online AR/JUR/14911/2019.

Los instrumentos de política ambiental son la principal herramienta de la cual la Administración Pública se debe valer para generar políticas ambientales prósperas. El acto administrativo ambiental tiene su motivación, tanto explícita como implícitamente, en algún instrumento de la política ambiental, el ejemplo más utilizado es la evaluación de impacto ambiental (arts. 14 y 15, LGA). Sin embargo, existe una gran rama de instrumentos (también de gran utilidad por el funcionario público), como la educación y la información ambiental, la participación ciudadana, el seguro ambiental, etc. Principalmente nos referiremos al conocido como ordenamiento ambiental territorial, normalmente vinculado con los recursos naturales. Sin embargo, este instituto combina una gran cantidad de factores sociales, tecnológicos y culturales, debiendo interpretar que el ordenamiento ambiental del territorio es una responsabilidad a enfrentar en ecosistemas naturales, pero también en aquellos territorios en donde se han generado espacios urbanos, constituyendo un elemento esencial en lo que respecta a un ambiente sano. En el marco de la provincia de Buenos Aires, el ordenamiento ambiental en espacios urbanos es una cuenta pendiente, más aun, en asentamientos precarios y villas en situación de emergencia. Esto se debe a la aplicación de normativa específica sobre la temática, a través de la ley 11.723 de Política Ambiental provincial, el dec.-ley 8912 sobre Regularización Dominial y, recientemente, la ley 14.449 de Acceso Justo al Hábitat y Vivienda Digna. A continuación, se estudiará el impacto ambiental que se manifiesta en el ordenamiento del territorio, enfocado en los diferentes asentamientos y villas miseria de la provincia.

II. El enfoque urbano-ambiental

Antiguamente muchas facultades de Derecho estudiaban el derecho ambiental como el derecho de los recursos naturales, una visión limitada a lo que correspondía al bien colectivo. Limitada en el sentido de que el ambiente en sí mismo corresponde a una gran serie de microsistemas que lo componen, algunos naturales (agua, aire, tierra, etc.) y otros de creación humana (p. ej., las ciudades y demás espacios urbanos). El diálogo entre estos sistemas es necesario para que el ambiente sea sostenible. La Corte Suprema ha mencionado este diálogo sistémico en reiteradas ocasiones, por ejemplo, en referencia al agua potable: "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" **(2)**.

Este enfoque no es diferente en los ambientes urbanos, ya que la finalidad misma es la regulación sistémica para un desarrollo sostenible. Los factores son diferentes, con base en que en su mayoría carecen de una naturalidad pura, habiéndose modificado constantemente por la intervención humana. Esto da como resultado una suerte de ecosistema urbano, es decir, la interacción de organismos vivos naturales (plantas, microorganismos, animales, seres humanos, etc.) en un entorno no vivo de creación humana (calles, edificios, puentes, etc.).

Para que este ecosistema urbano prospere es necesario reconocer desde la base que todo espacio, toda estructura, toda organización y toda interacción es parte del ambiente. Sus elementos conforman microsistemas que se organizan, para llevar adelante un sistema mayor, comprendido como un bien colectivo que es de todos y al mismo tiempo de nadie; así ha dicho la Corte Suprema que "el ambiente, por naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de manera indisponible por las partes" **(3)**. Asimismo, todo lo atinente a su regulación es considerado de orden público y de igual indisponibilidad; así lo ha destacado Néstor Cafferatta: "Está claro: el núcleo duro o pétreo del Derecho Ambiental es de orden público, cuando esta cuestión de marras, se vincula no solo con la preservación del ambiente, sino también con la salud pública y la vida misma de la comunidad" **(4)**. Con ello debemos entender que para la organización del territorio, las libertades individuales no pueden avasallar los derechos de incidencia colectiva, por lo que todo planeamiento, siempre va a deber encuadrarse en lí-

(2) *Ibid*.

(3) CS, 19/02/2015, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros", Fallos 338:80, AR/JUR/252/2015.

(4) CAFFERATTA, Néstor, "Orden público y el paradigma ambiental", ED del 06/02/2007, p. 1.

mites resguardados por normativa, que tiene el carácter de orden público.

La SCBA ha realizado un estudio en sus casos sobre lo urbano-ambiental y su trascendencia en la actualidad; ejemplo de esto es el caso "Dougherty", en donde en un conflicto suscitado por vecinos, sobre los ruidos molestos de diferentes centros nocturnos que afectaban el "hábitat vecinal" de varios barrios de La Plata, expresando la Corte provincial lo siguiente: "esta Suprema Corte ha tenido oportunidad de expresar que como buena parte de la faena por la vigencia de la sustentabilidad ambiental se despliega en entornos urbanos, va de suyo que la temática del medio ambiente, lejos de ceñirse a la protección de la fauna en peligro, la atmósfera, los cursos de agua o los paisajes sensibles, se conjuga cada vez más en términos estrictamente urbanísticos. A la vez, por ello mismo, las regulaciones de las ciudades, las políticas urbanas, en suma, se 'ambientalizan'" **(5)**.

Este hábitat vecinal al que la Corte se refiere no es otro que el microsistema artificial que forma parte del ambiente circundante, que lo componen no solo la infraestructura, sino también las conductas (las relaciones vecinales, la tranquilidad barrial, las relaciones humanas en general, etc.), ese choque de naturaleza y sociedad (integrado tanto por la conducta humana como por la infraestructura comprometida) converge en un ambiente urbano. Recordemos que el art. 240 del Cód. Civ. y Com. contempla todos los elementos mencionados como integrantes del ambiente, al decir que se encuentran integrados por "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".

III. La vivienda digna y la regularización dominial como elementos clave del ambiente urbano

Morales Lamberti ha expresado que, como el "ambiente urbano" es parte del ambiente, quedan dentro de tal la problemática del ruido, el tránsito, los sistemas de transporte de sobrecarga, además de los aspectos estéticos y la "zonificación del territorio con criterios urbanísticos" **(6)**.

Es importante entender la conexión entre el urbanismo y el ambiente. María Delia Pereiro de Grigaravicus, con base en esto, sostenía que no se puede disociar el medio ambiente del derecho del urbanismo, de los espacios naturales y del patrimonio natural y cultural (histórico artístico) **(7)**.

El derecho al acceso a una vivienda digna constituye una prerrogativa constitucional reconocida por el art. 14 bis de la CN; sin embargo, su interpretación sería deficiente si no se comprendiera dentro del principio fundamental del derecho a un ambiente sano que el art. 41 de la citada Carta Magna establece. Si bien uno se estudia como derecho de segunda generación y el otro como de tercera generación, ambos se encuentran inmersos dentro del presupuesto de lo urbano-ambiental. Garantizar el acceso a la vivienda digna, sin tener en cuenta las consecuencias que tuviera sobre derechos de incidencias colectiva, es atentar contra la propia idea básica y esencial del ambiente en un estado de derecho, es por eso que la Corte Suprema ha dicho que "La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y la Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de derecho" **(8)**.

Por lo tanto, para diseñar un proyecto urbano es necesario comprender las implicancias ambientales que generen en un territorio y no lanzarse apresuradamente a cumplir una promesa de turno; el solo hecho de construir viviendas no genera un acatamiento a la Constitución, la mención de normas ambientales no genera un resguardo de estas, previo a todo accionar concreto debe configurarse un plan de acción

(5) SCBA, 31/03/2004, "Dougherty, Cristian y otros c. Municipalidad de La Plata. Amparo".

(6) MORALES LAMBIERTI, Alicia, "Derecho ambiental", Ed. Alveroni, Córdoba, 1999, p. 32.

(7) PEREIRO de GRIGARAVICUS, María Delia, "Daño ambiental en el medio ambiente urbano. Un nuevo fenómeno económico en el siglo XXI", LA LEY 2001-D, 1372.

(8) CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental", Fallos 339:515, AR/JUR/16743/2016.

sobre el cual se apoye. Las consecuencias de dicho accionar imprudente e intempestivo han sido retratadas por el Dr. Cafferatta, al decir lo siguiente: "el impacto negativo de las obras de infraestructura edilicias, puede concretarse en dos puntos: deterioro del paisaje y agresiones a la avifauna. En definitiva, la intrusión producida sobre el paisaje por el conjunto de líneas formadas por el volumen de los edificios torres y de obras de infraestructura comunitaria, que constituye la forma normal de desarrollo urbano de estos últimos tiempos, origina una rotura brusca del equilibrio natural y de su armonía estética. El paisaje se transforma en agresivo e inarmónico, llevando al espíritu del espectador la inquietud de la violación consumada en la madre naturaleza" **(9)**. El paisaje siempre entendido no desde un punto de vista meramente turístico, sino también desde un punto de vista organizativo y arquitectónico. Esta organización y planeamiento urbano, como cualquier otro tipo de edificación, debe abarcar tanto el ejercicio de derechos privados, como también al accionar de poder públicos de la administración; así ha dicho la SCBA en un fallo de 2005: "estimo que si las construcciones en el espacio privado están sujetas a exigencias referidas a su congruencia con la regulación urbanística y con las normas de edificación y tributación, no hallo razón para que las obras ejecutadas sobre bienes públicos deban escapar a este tipo de limitaciones y cargas, fundadas en un prístino interés local (art. 190, Const. pcial.) **(10)**.

Habiendo dicho esto, ambas prerrogativas constitucionales deben armonizar a través de institutos que permitan su ejercicio, tal como lo es el ordenamiento ambiental del territorio y regulaciones específicas que apunten a ese objetivo, ejemplo de esto es la ley 14.449 de Acceso Justo al Hábitat de la provincia de Buenos Aires, a la cual nos referiremos a continuación.

IV. Breves nociones ambientales de la Ley de Acceso Justo al Hábitat

La ley se aprobó en noviembre de 2012 tras cuatro años de discusión en foros diversos y de un trabajo de incidencia política sostenido por un conjunto amplio de organizaciones sociales y universidades públicas **(11)**. Su objetivo principal es el cumplimiento de la cláusula constitucional que reconoce el derecho a la vivienda (art. 36, inc. 7º) **(12)**. Dichos objetivos se expresan de manera tripartita en el art. 1º de la ley 14. 449: "a) Promover la generación y facilitar la gestión de proyectos habitacionales, de urbanizaciones sociales y de procesos de regularización de barrios informales; b) Abordar y atender integralmente la diversidad y complejidad de la demanda urbano habitacional; c) Generar nuevos recursos a través de instrumentos que permitan, al mismo tiempo, reducir las expectativas especulativas de valorización del suelo". En su art. 3º define el derecho a la vivienda: "El derecho a una vivienda y a un hábitat digno comporta la satisfacción de las necesidades urbanas y habitacionales de los ciudadanos de la Provincia, especialmente de quienes no logren resolverlas por medio de recursos propios, de forma de favorecer el ejercicio pleno de los derechos fundamentales". Este artículo se complementa con el art. 4º, cuando se define lo que se entiende por déficit urbano-habitacional: "A los fines de esta Ley, se denomina déficit urbano habitacional a la escasez, calidad insuficiente o inaccesibilidad a condiciones materiales, servicios y espacios aptos para satisfacer las necesidades y promover una mejor calidad de vida de la población en el marco de un hábitat ambientalmente sostenible".

Es decir que esta ley se proyecta en obras y planes que no solo aseguren el mero acceso a la vivienda, sino también que ella debe ser dada en un ambiente sostenible. La calidad de vida de una población no solo se mide por el acce-

(9) CAFFERATTA, Néstor, ob. cit.

(10) SCBA, 07/03/2005, "Aguas Argentinas SA c. Municipalidad de Lomas de Zamora s/ inconstitucionalidad ordenanza 7751/95", 35001785.

(11) *https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/08/Manual_ley_habitat.pdf, p. 5.*

(12) Art. 36: "La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales (...) 7- A la Vivienda. La Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia; garantizará el acceso a la propiedad de un lote de terreno apto para erigir su vivienda familiar única y de ocupación permanente, a familias radicadas o que se radiquen en el interior de la Provincia, en municipios de hasta 50.000 habitantes, sus localidades o pueblos".

so a los servicios esenciales, es necesario generar un hábitat sostenible, una interacción de planes, proyectos, obras, servicios y conductas que generen no solo un espacio para vivir, sino la idea de hacer sostenible en el tiempo. La realidad de la provincia dificulta de primera medida este proceso ya que las ciudades argentinas muestran fuertes procesos de segregación socioespacial y agudos problemas de deterioro de la calidad urbano-ambiental provocados por la preeminencia de los intereses mercantiles por sobre las condiciones de vida **(13)**.

De vuelta lo urbano-ambiental se convierte en eje central de todo enfoque de urbanización. Para que un hábitat sea sostenible, se deben dar las condiciones necesarias para que la comunidad pueda vivir con un piso mínimo de derechos en un espacio determinado, con perdurabilidad presente y futura. La mera creación de obras y servicios sobre territorios vulnerados y en estados de precariedad no hace al cumplimiento del acceso justo al hábitat. El art. 5º **(14)** de la citada ley es claro en lo que respecta a la responsabilidad, ya que el Estado provincial es responsable de la ejecución, no solo de obras, sino de políticas para la satisfacción progresiva del derecho a la vivienda y aun hábitat digno. Este artículo está íntimamente vinculado con la noción de principio de progresividad, que establece el art. 4º de la Ley General del Ambiente **(15)**. Asimismo este artículo menciona como responsabilidad estatal, la participación de Gobiernos municipales y organizaciones no gubernamentales, esto guarda gran relación con lo establecido en otro principio de la Ley General del Ambiente y es el Principio de Cooperación, si bien este principio apunta primero a la utilización racional de recursos naturales y sistemas ecológicos compartidos, en su segunda parte establece lo siguiente: "El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta". Esto hace necesario plantear la siguiente pregunta: ¿la crisis habitacional en asentamientos precarios y el acceso a la vivienda configuran una emergencia ambiental? Para responder esta pregunta, primero hay que remarcar una de las principales características del derecho ambiental y es su neto corte transversalista. Eduardo Pigretti enseña que "quienes estamos interesados en el ambiente no podemos negar que enfrentamos una auténtica revolución de carácter general (...) y transversal e interdisciplinaria". El derecho ambiental atraviesa diferentes instituciones jurídicas, y opera tanto en la faz pública como en la privada. No es extraño que la Ley de Hábitat tenga menciones expresas sobre el medio ambiente, entonces el acceso a una vivienda digna se convierte no solo en un derecho de segunda generación, sino de tercera, porque entiende sobre intereses colectivos superiores al individuo, tal y como es un hábitat sostenible. Entonces la crisis habitacional, en este caso, configura una emergencia ambiental.

Siguiendo con el estudio de la ley, el art. 8º establece los lineamientos generales de la presente, ley, los cuales se llevaran a cabo por la autoridad de aplicación y los municipios. Con esto establecido, me voy a detener a mencionar aquellos lineamientos que guardan directa relación con institutos del derecho ambiental: el inc. b) de la ley menciona el desarrollo de nuevas áreas residenciales **(16)**, que tiene en cuenta dos la realización de obras progresivas (es decir, generando un piso mínimos de derechos

(13) *https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/08/Manual_ley_habitat.pdf*, p. 11.

(14) "El Estado provincial será el encargado de la ejecución de las políticas necesarias para la satisfacción progresiva del derecho a una vivienda y a un hábitat digno, incluyendo la participación de los gobiernos municipales y de las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro que en su objeto social propendan al fomento de dichos objetivos y la iniciativa privada, teniendo prioritariamente en cuenta las demandas sociales de la población".

(15) 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 progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos".

(16) Art. 8º, inc. b), ley 14.449: "Desarrollar nuevas áreas residenciales en centros urbanos o en asentamientos rurales, mediante la construcción de conjuntos de viviendas o urbanísticos completos o de desarrollo progresivo que cuenten con la infraestructura y los servicios, las reservas de equipamiento comunitario y espacios verdes".

y profundizando estos derechos, lo que marca una política urbana alineada con una política ambiental) y la reserva de espacios verdes (espacios verdes entendiendo no solo a nivel paisajístico, sino como pulmón en la organización urbana). El inc. e) menciona la recuperación de edificios e infraestructura de valor histórico y cultural, esto no es otra cosa que la protección del patrimonio cultural **(17)**, la cual el art. 240 del Cód. Civ. y Com. incorpora como elemento integrante de los bienes de incidencia colectiva, asimismo la preservación y recuperación del patrimonio cultural que busca la presente ley se traduce en recomposición de un micro ambiente: el paisaje y los valores culturales.

Con referencia a los principios rectores, la ley menciona cuatro: a) el derecho a la ciudad y a la vivienda; b) la función social de la propiedad; c) la gestión democrática de la ciudad; d) el reparto equitativo de cargas y beneficios.

La función social de la propiedad privada es un principio jurídico de antaño, la Corte Suprema sentó esta idea en el año 1922 en el fallo "Ercolano" ; lo mencionó por primera vez al establecer: "ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social" **(18)**. Así, en este sentido el art. 12º de la ley 14.449, establece: "La propiedad inmueble cumple su función social cuando respeta las exigencias y determinaciones expresadas en las Leyes y normas generales, así como en los planes, proyectos y reglamentaciones que regulan la producción del hábitat, con el fin de garantizar la calidad de vida, el uso ambientalmente sostenible del territorio y la justicia social". Básicamente el hábitat no se genera únicamente con el acceso a la vivienda, sino con el respeto de las normas que regulan y limitan este derecho. El ser humano es un ser social, pero su faz social está limitada por la faz ambiental. Esto se demuestra con la evolución jurídica de la limitación de derechos, siendo los de primera generación los que profesan las libertades individuales (el derecho a la propiedad por antonomasia), los de segunda generación los que profesan derechos sociales (el trabajo, la vivienda y la asistencia previsional), para llegar finalmente al umbral de derechos de tercera y cuarta generación (el medio ambiente, los derechos de los consumidores etc.). Es decir que el ser humano fue un ser individual, cuyos derechos se vieron limitados por la satisfacción de necesidades sociales, la cuales terminaron siendo circunscriptas a ser realizadas dentro de un ambiente sostenible. Es por esos que, hoy en día, el ser humano es un ser ambiental, íntegra un colectivo de bienes y derechos que deben protegerse, respetarse y limitarse. Es por eso que la función social de la propiedad, no es otra cosa que la función ambiental de la propiedad.

La gestión democrática de la ciudad es otro instituto importante reconocido en el art. 13º de la ley 14.449 **(19)**, es aquella que asegura la participación activa, protagónica, deliberante y autogestionada de la comunidad; se trata de una instancia obligatoria **(20)**. Es remarcar el lugar que esta ley le da a la participación ciudadana, el hecho de generar un hábitat implica una serie de compromisos y negociaciones que lleguen a un piso común, en el cual se pueda generar la idea de comunidad. En este punto la Ley General del Ambiente refuerza este criterio con el instituto de participación ciudadana en cuestiones ambientales, respectivo de los arts. 19, 20 y 21 **(21)**. Principalmente es este último artículo

(17) Art. 8º, inc. e), ley 14.449: "Promover la recuperación, rehabilitación o refuncionalización de edificios y sectores urbanos residenciales en proceso de degradación, preservando el valor del patrimonio histórico y social".

(18) CS, 28/04/1922, "Ercolano c. Lanteri de Renshaw", AR/JUR/3/1922.

(19) "Gestión democrática de la Ciudad. La gestión democrática de la ciudad se entiende como un proceso de toma de decisiones que asegure la participación activa, protagónica, deliberante y autogestionada de la comunidad en general y de los ciudadanos en particular y, en especial, de las organizaciones o asociaciones civiles que fomenten el acceso al hábitat y a la vivienda".

(20) *https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/08/Manual_ley_habitat.pdf, p. 39.*

(21) Art. 19: "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. 20: "Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos

el que resguarda los derechos de los ciudadanos en referencia al acceso al hábitat, ya que asegura la participación ciudadana en los programas de ordenamiento ambiental del territorio y en etapas de planificación y evaluación de resultados. Es decir que todo proyecto que asegure una verdadera gestión democrática del espacio urbano debe considerar las implicancias ambientales que lleve y debe contar, obligatoriamente, con una instancia mínima de participación ciudadana al momento de la toma de decisiones, más aún cuando ellas sean causales de un impacto ambiental. Debe buscarse una armonía entre la voluntad popular y el ambiente en sí mismo, ya que la primera integra a la segunda. En la provincia de Buenos Aires la participación ciudadana en materia ambiental está reconocida en el art. 2º inc. c) **(22)** de la ley 11.723, y es considerada como un pilar fundamental en la cláusula constitucional del art. 28º, de la Carta Magna de la Provincia de Buenos aires, en lo que respecta a "...garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales...". Así la SCBA refuerza esta idea al decir: "La ley general 11.723 garantiza con claridad a todos los habitantes de la provincia el derecho a participar en los procesos en que esté involucrada la protección, mejoramiento y restauración del ambiente en general (art. 2º inc. 'c'), derecho que el Estado provincial y los municipios deben acatar (art. 5º, primer párrafo) reglamentando un procedimiento de autorización de obras que rinda tributo a los principios liminares que la ley protectiva del medio ambiente enfatiza. La aludida participación (que también tiene base normativa en los arts. 19, 20 y 21 de la ley 25.675), reconoce su raíz en la garantía que plasma el art. 28 de la Carta local, en cuanto consagra el deber del Estado de garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales" **(23)**.

El art. 14 menciona el reparto equitativo de las cargas y los beneficios, este menciona básicamente la igualdad en el acceso al hábitat, es decir, evitar concentraciones de tierra, lo que constituye un elemento clave al momento de diseñar y planificar un emprendimiento urbano, en lo que respecta al ordenamiento ambiental del territorio, las autoridades públicas provinciales y municipales, deberán reglamentar y planificar proyectos que tengan en vista la utilización racional del suelo y el espacio en general. El poder público debe estar atento, a fin de evitar diseñar proyectos que impliquen una fuerte afectación al ambiente, asimismo deben realizarse obras y proyectos que generen un equilibrio, más que una concentración, el aglomeramiento social causa impacto ambiental; recientemente la Corte Suprema entendió estas consecuencias, cuando el Supremo Tribunal de Justicia de Entre Ríos hizo caso omiso a un pedido de obras que iban a realizarse sobre un área de humedales: "El Tribunal Superior provincial (ER) omitió considerar el derecho a vivir en un ambiente sano (art. 41 de la Constitución Nacional y 22 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos) y que el Estado garantiza la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, equidad intergeneracional, prevención, utilización racional, progresividad y responsabilidad (art. 83 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos)" **(24)**.

El art. 16 que reúne las directrices generales para el acceso al hábitat, en su primera parte esboza una oración que concluye el compromiso directo, de esta ley con las leyes ambientales, la cual es la siguiente: "Las políticas de vivienda y

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 éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública". Art. 21: "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".

(22) Art. 2º: "El Estado Provincial garantiza a todos sus habitantes los siguientes derechos: (...) Inciso c): A participar de los procesos en que esté involucrado el manejo de los recursos naturales y la protección, conservación, mejoramiento y restauración del ambiente en general, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación de la presente".

(23) SCBA, 17/06/2015, "Estivariz, Carlos A. y ot. c. Provincia de Buenos Aires y ots. s/ amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", AR/JUR/24331/2015

(24) CS, 11/07/2019, "Majul, Julio J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental", AR/JUR/22384/2019.

hábitat son una función y responsabilidad pública y, por lo tanto, deben garantizar la defensa de derechos colectivos por aplicación del principio de la función social de la propiedad". La defensa de los intereses colectivos ha sido expresamente contemplada por el art. 240 del Cód. Civ. y Com.: "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". Los derechos de incidencia colectiva constituyen la tercera generación de derechos constitucionales, esos que no pertenecen ni a un individuo ni a un grupo social determinado, sino que son indeterminados, de todos y al mismo tiempo de nadie, indisponibles por uno sobre el resto. Lo que viene a establecer este art. 16º es básicamente que toda política de vivienda y hábitat debe asegurar el derecho a un ambiente sano, por lo que de vuelta la función social de la propiedad, se convierte en la función ambiental de la propiedad. Esto quiere decir que a la hora de resolver de planificar proyectos, realizar obras, proveer servicios y resolver conflictos referentes a la vivienda y al hábitat, no pueden ser encarados a través de los derechos que tenga cada uno de los afectados, sino de los derechos que se tengan en su conjunto. Así la Corte Suprema sobre esto ha resuelto: "puede agregarse que cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente (...) la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos" **(25)**. Asimismo, el mencionado art. 16 establece diversos puntos para poder llevar a delante proyectos de hábitat y vivienda: distribución equitativa de cargas y beneficios, regulación del suelo, acciones solidarias, participación ciudadana en todos los noveles (individuo, grupos, asociaciones, ONG, etc.), regularización dominial, atención e las demandas sociales, estimular procesos de autogestión y cooperativos y evaluaciones de impacto (esta última en directa vinculación con los instrumentos de evaluación de impacto ambiental, que reconocen las leyes nacionales y provinciales) **(26)**.

Con todo lo estudiado hasta el momento sabemos que esta ley no se trata de una mera regularización dominial, sino que aborda cuestiones referentes a la comunidad, el hábitat y el ambiente, reconociendo derechos de primera (propiedad), segunda (vivienda digna) y tercera generación (ambiente). Ejemplo claro de esto es el art. 24º de la ley: "Los proyectos de urbanización deben incluir conexión a la red centralizada o colectiva de agua potable y/o de desagüe cloacal o construcción de plantas potabilizadoras y/o de tratamiento, cuando se determine que mediante sistemas individuales no se asegure un adecuado saneamiento en función de las condiciones hidrogeológicas del predio

(25) CS, 04/09/2019, "Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", AR/JUR/14911/2019.

(26) Art. 16, ley 14.449: "Directrices generales. Las políticas de vivienda y hábitat son una función y responsabilidad pública y, por lo tanto, deben garantizar la defensa de derechos colectivos por aplicación del principio de la función social de la propiedad. Los planes, estrategias, programas, operatorias, proyectos y normas que conforman dichas políticas se rigen por las siguientes directrices generales: a) Promoción de la justa distribución de las cargas y de los beneficios generados por el proceso de urbanización. b) Fortalecimiento de la regulación pública sobre el suelo urbano con la finalidad de desalentar prácticas especulativas, utilizando instrumentos de recuperación y redistribución social de la valorización de los inmuebles. c) Diseño e implementación de un abordaje integral mediante acciones que vinculen solidariamente instrumentos urbanísticos, herramientas de gestión del suelo y operatorias de urbanización y vivienda. d) Fomento de la participación permanente de la población y de las asociaciones representativas de los diferentes sectores de la comunidad tanto en las etapas de formulación y de ejecución, como en las de evaluación y seguimiento. e) Impulso a la integración socio-urbanística y a la regularización de la tenencia de la tierra en villas y asentamientos precarios con la finalidad de hacer efectiva la incorporación de la propiedad del suelo como un derecho de los habitantes. f) Diversificación y promoción de la pluralidad de las respuestas, en atención a las diferentes demandas y posibilidades de acceso a distintas soluciones habitacionales de los diversos grupos sociales. g) Incorporación y revalorización de las experiencias organizativas y las prácticas de los sectores populares, estimulando los procesos de autogestión del hábitat a través del cooperativismo y de otras formas asociativas, apoyando la investigación, experimentación y desarrollo de tecnologías apropiadas a dichos procesos. h) Evaluación constante de las políticas y acciones implementadas, analizando periódicamente su impacto".

y la densidad de población propuesta. La idea del acceso al agua potable refuerza el concepto de colectividad, y lo vincula aún más a la idea de un ambiente sostenible, y el reconocimiento de derechos humanos fundamentales" **(27)**. La jurisprudencia ha venido constantemente reconociendo este derecho: "Específicamente respecto del acceso al agua potable, ha dicho que es un derecho cuya tutela implica modificar una visión según la cual "la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta a utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado... El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente" **(28)**. La regulación del agua ha transitado de ser un derecho de visión antropocéntrica, en donde el humano es el centro, a una visión ecocéntrica o sistémica en donde lo que se protege es no solo el derecho que tiene la persona sobre el agua, sino el derecho al agua potable en sí mismo, integrando dentro de ella la incidencia que tiene sobre las personas: "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" **(29)**. No puede hablarse de vivienda digna sin acceso al agua potable, esto es un tema que es reconocido tanto a nivel nacional como a nivel internacional: "El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. *El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente* y es condición previa para la realización de otros derechos humanos" **(30)**. Corresponde a las autoridades públicas en general, a la autoridad de aplicación en especial y a cada ciudadano que integra, o está por integrar, el hábitat proyectado, a proteger y mantener calidad y parámetros aceptables de agua para consumo humano: "es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia" **(31)**.

La recuperación del suelo en espacios en los cuales no haya condiciones aptas para el levantamiento de urbes y generación de hábitat urbano, son potencialmente sujetos a mecanismos de recuperación, eso es lo que busca el art. 30 de la ley 14.449 **(32)**. La protección y la recuperación de los suelos no son una cuestión que escape a la regulación ambiental, constituyen un deber y responsabilidad pública y privada para con el ambiente: "La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras" **(33)**. Es importante reconocer la injerencia que los suelos degradados tienen sobre los proyectos habitacionales. La ocupación de suelos degradados o decapitados por parte de barrios precarios es una constante en una gran cantidad de municipios de la provincia. El artículo permi-

(27) "No hay duda de que, en el caso, existe la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que está 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" (CS, 02/12/2014, "Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses SA y otros s/ amparo", AR/JUR/58241/2014).

(28) CS, 04/09/2019, "Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", AR/JUR/14911/2019

(29) CS, 02/12/2014, "Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses SA y otros s/ amparo", AR/JUR/58241/2014.

(30) Obs. gral. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, 15/11/2002.

(31) CS, 01/12/2017, "La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas", AR/JUR/84781/2017

(32) En los casos de existencia de suelos degradados o decapitados cuyo origen sea resultado de producción extractiva, que en su estado actual no sean aptos para usos urbanos pero sí susceptibles de recuperación mediante obras o acciones adecuadas, y que por su localización se presenten como barreras urbanísticas en sectores de área urbana o semiurbanizada, pueden urbanizarse con parte de la infraestructura de servicios, potenciándose los indicadores de ocupación y densidad en función de los espacios verdes o libres públicos que en ellos se generen.

(33) CS, 20/06/2006, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo)", Fallos 326:2316.

te que estos sectores se integren al proyecto de intervención para ser utilizados como espacios verdes, áreas de recreación y/o deportivas, localización de instalaciones de servicios, lagunas de retención de excesos hídricos, etc. Para ello debe preverse la ejecución de obras o acciones adecuadas **(34)**.

La ley 14.449 crea un Fondo Fiduciario Público, denominado "Sistema de Financiamiento y Asistencia Técnica para la Mejora del Hábitat" y fomenta microcréditos asistencia a emprendimientos con dichos fines (arts. 37 a 43 de la ley). Este fondo busca financiar las necesidades correspondientes al déficit urbano-habitacional, gozando de exenciones impositivas y otros beneficios económicos acordes, para poder llevar a delante los proyectos. El fondo está conformado por diferentes recursos, pero fundamentalmente por una contribución adicional del cincuenta por ciento (50%) sobre el impuesto inmobiliario a los lotes vacantes o baldíos **(35)**. El Fondo Fiduciario Público "Sistema de Financiamiento y Asistencia Técnica para la Mejora del Hábitat" se rige por el contrato firmado entre el Ministerio de Infraestructura de la Provincia de Buenos Aires y el Banco Provincia el 24/02/2014 y tiene una duración de treinta años desde la fecha de vigencia del dec. regl. 1062/2013. La autoridad de aplicación es la responsable de la administración del fondo y el fiduciario es el Banco de la Provincia de Buenos Aires **(36)**. Todo ello marca un compromiso del sector público con micro emprendimientos privados para garantizar el acceso justo al hábitat, mantener pisos mínimos en valores urbano-ambientales.

Concluyendo esta ley apunta a un compromiso urbano pero también ambiental, el acceso justo al hábitat se toma desde una óptica que no es puramente habitacional e individualista de cada habitante, sino que busca el encuentro y la comunidad, el acceso a servicios públicos esenciales, la protección del hábitat, recuperación de los suelos, instrumentos de participación ciudadana y otros elementos que son comunes en leyes de presupuestos mínimos ambientales, y constituyen parte de una regulación necesaria para procesos de ordenamiento ambiental del territorio (OAT).

V. Ordenamiento ambiental del territorio en espacios urbanos

Como mencionamos anteriormente el ordenamiento ambiental del territorio (OAT) es un instituto reconocido en el arts. 8º, inc. 1º, 9º y 10, de la Ley General del Ambiente. Sin embargo, podríamos asociarlo con otros instrumentos como los respectivos a la participación ciudadana en el art. 21, la cual debe ser tomada en cuenta para cuestiones referidas al OAT. Toda política ambiental debe comprender programas de OAT para poder llevar a cabo los diferentes objetivos de sostenibilidad. El ordenamiento abarca no solo lo referido a la distribución de los recursos naturales de un territorio, sino también aspectos de características más sociales y culturales, con ello nos referimos a cuestiones atinentes a la distribución de la población y toda alteración producto de actividades económicas de los asentamientos urbanos. Es por ello que el art. 10 de la Ley General del Ambiente toma en consideración aspectos políticos, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y no únicamente ecológicos. Dicho de otra manera, acorde con lo establecido por la SCBA en los precedentes "Dougherty", "Machado" y "Negrelli", las políticas urbanas se ambientalizan **(37)**, esto quiere decir que todo proceso de urbanización tiene en frente un proceso de ordenamiento ambiental, a fin de generar una política urbano-ambiental y un hábitat sostenible para sus integrantes.

Si bien en la Argentina no existen leyes de presupuestos mínimos de OAT, la encontramos en otras leyes de presupuestos mínimos, como ocurre con los artículos mencionados de la Ley General del Ambiente, como, por ejemplo:

- Ley 26.331. Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos: A través

(34) *https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/08/Manual_ley_habitat.pdf.*

(35) *Ibid.*

(36) *Ibid.*

(37) SCBA, 30/03/2016, "Negrelli, Oscar R. y otros c. Municipalidad de La Plata s/ amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", AR/JUR/13273/2016; SCBA, 30/11/2011, "Machado, Raúl H. y otro c. Municipalidad de La Plata s/ amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", AR/JUR/82314/2011; SCBA, 31/03/2004, "Dougherty, Cristian y otros c. Municipalidad de La Plata s/amparo".

de un proceso participativo, cada jurisdicción deberá realizar el ordenamiento de los bosques nativos existentes en su territorio de acuerdo a los criterios de sustentabilidad establecidos en el Anexo de la ley, estableciendo las diferentes categorías de conservación en función del valor ambiental de las distintas unidades de bosque nativo y de los servicios ambientales que estos presten. El anexo de la ley toma diferentes bases para poder realizar la zonificación de los espacios forestales, tales como superficie, vinculación con otras comunidades naturales, vinculación con áreas protegidas e integración regional, existencia de valores biológicos sobresalientes, conectividad entre ecorregiones, estado de conservación, potencial forestal, potencial de sustentabilidad agrícola, potencial de conservación de cuencas y valor que las comunidades indígenas y campesinas dan a las áreas boscosas, uso del bosque para supervivencia y mantenimiento de su cultura. El art. 9º de la ley establece la división de categorías de conservación para poder facilitar a cada territorio el OAT de sus bosques **(38)**.

- Ley 26.639. Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglaciar: La presente ley tiene por objeto la protección de los glaciares (masa de hielo perenne estable o que fluye lentamente, con o sin agua intersticial, formado por la recristalización de nieve, ubicado en diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, dimensión y estado de conservación) y el ambiente periglaciar de alta montaña (área con suelos congelados que actúa como regulador del recurso hídrico), media y baja montaña (regulador de recursos hídricos con suelos saturados en hielo) **(39)**. Para facilitar el OAT en referencia a la protección de dicho recurso, se crea el inventario nacional de glaciares en el art. 3º de la presente ley **(40)**. Para poder llevar a cabo la protección, ordenamiento e inventario de los glaciares y ambiente periglaciar, la ley prevé diversos instrumentos para asistirse, tales como el régimen de prohibiciones, la evaluación de impacto ambiental (EIA), la evaluación ambiental estratégica (EAE), la auditoría ambiental (AA), la participación ciudadana (PC) y el régimen de sanciones.

- Ley 27.520: Ley de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global. Esta ley, como su título lo indica, tiene por objetivo el desarrollo de políticas y medidas para adaptar y mitigar el cambio climático, el art. 2º establece los objetos de la ley, los cuales pueden resumirse en el desarrollo de estudios de impacto ambiental en materia de cambio climático, asegurando el desarrollo humano y de los ecosistemas; reducir la emisión de gases invernadero en el país y reducir la vulnerabilidad humana y de los sistemas naturales ante el cambio climático **(41)**. Son principios rectores de la ley: responsabilidades comunes pero diferenciadas, transversalidad del cambio climático en las políticas de estado, prioridad y complemen-

(38) Art. 9º, ley 26.331: "Las categorías de conservación de los bosques nativos son las siguientes:

" - Categoría I (rojo): sectores de muy alto valor de conservación que no deben transformarse. Incluirá áreas que por sus ubicaciones relativas a reservas, su valor de conectividad, la presencia de valores biológicos sobresalientes y/o la protección de cuencas que ejercen, ameritan su persistencia como bosque a perpetuidad, aunque estos sectores puedan ser hábitat de comunidades indígenas y ser objeto de investigación científica;" - Categoría II (amarillo): sectores de mediano valor de conservación, que pueden estar degradados pero que a juicio de la autoridad de aplicación jurisdiccional con la implementación de actividades de restauración pueden tener un valor alto de conservación y que podrán ser sometidos a los siguientes usos: aprovechamiento sostenible, turismo, recolección e investigación científica;" - Categoría III (verde): sectores de bajo valor de conservación que pueden transformarse parcialmente o en su totalidad aunque dentro de los criterios de la presente ley".

(39) Art. 2º, ley 26.639.

(40) Art. 3º: "Inventario. Créase el Inventario Nacional de Glaciares, donde se individualizarán todos los glaciares y geoformas periglaciares que actúan como reservas hídricas existentes en el territorio nacional con toda la información necesaria para su adecuada protección, control y monitoreo".

(41) Art. 2º: "Objetivos. Son objetivos de la presente ley: a) Establecer las 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. b) Asistir y promover el desarrollo de estrategias de mitigación y reducción de gases de efecto invernadero en el país. c) Reducir la vulnerabilidad humana y de los sistemas naturales ante el Cambio Climático, protegerlos de sus efectos adversos y aprovechar sus beneficios".

tación **(42)**. La presente ley contempla medidas y acciones mínimas de adaptación, a través de planes que se lleven a cabo en cada jurisdicción, los cuales deben contener una serie de requerimientos mínimos a los efectos de evaluar el impacto ambiental del cambio climático en las diferentes jurisdicciones del territorio nacional, el art. 22 de la citada ley las menciona y en su inc. h), expresamente establece la necesidad de un ordenamiento territorial, que contemple el uso del suelo de manera ambientalmente sostenible **(43)**. La ley en ese sentido entiende el impacto que genera el ordenamiento del suelo, tanto en espacios naturales como urbanos, y su impacto en el cambio climático.

En el marco legal nacional la Ley General del Ambiente, la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial y la Ley de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global, son aquellas que expresamente mencionan la necesidad de OAT, para poder realizar una aprovechamiento racional y protección de nuestros recursos naturales, sin embargo a nivel nación no existe una ley de presupuestos mínimos en materia especifica de OAT, lo que sería altamente recomendable ya que ella constituye uno de los instrumentos de la política ambiental, como ocurre con la información ambiental, instrumento que si tiene su propia ley de presupuestos mínimos. Importante sería una ley marco nacional de presupuestos mínimos, ya que generaría la base y la unidad de criterio al momento de realizar políticas de ordenamiento ambiental, sin embargo, la legislación nacional ha optado por un tratamiento particular el instrumento en ciertas leyes, dependiendo el tipo de actividad que se trate.

VI. El decreto-ley 8912/1977 y su relación con la ley 14.449

Más allá de la legislación, nacional, las provincias y los municipios de la nación, de una forma u otra, regulan cuestiones sobre el OAT. En la provincia de Buenos Aires, es un caso de estudio el del dec.-ley 8912/1977, el cual tienen por función principal el ordenamiento territorial y el uso del suelo en la provincia. Si bien está apuntada a aspectos más relacionados específicamente con la regulación dominial de in-

(42) Art. 4º: "Principios. Las políticas públicas en materia de adaptación y mitigación al cambio climático, deben tener en cuenta los siguientes principios: a) 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. b) Transversalidad del Cambio Climático en las políticas de Estado: Deberá considerar e integrar todas las acciones públicas y privadas, así como contemplar y contabilizar el impacto que provocan las acciones, medidas, programas y emprendimientos en el Cambio Climático. c) Prioridad: Las políticas de adaptación y mitigación deberán priorizar las necesidades de los grupos sociales en condiciones de mayor vulnerabilidad al Cambio Climático. d) Complementación: Las acciones de adaptación deberán complementarse con las acciones de mitigación del cambio climático".

(43) Art. 22: "Medidas. El Gabinete Nacional de Cambio Climático, a través del Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático, y las autoridades competentes de cada jurisdicción, establecerán medidas y acciones para las evaluaciones de impactos, vulnerabilidad y adaptación, a fin de fortalecer la capacidad de los sistemas humanos y naturales para afrontar los impactos del Cambio Climático, especialmente: a) Desarrollar modelos hidrometeorológicos que permitan obtener proyecciones apropiadas de las variables atmosféricas e hidrológicas necesarias para el manejo de riesgos ambientales, incluidos eventos extremos. b) Implementar medidas de prevención para proteger la salud humana frente a los impactos del Cambio Climático. c) Gestionar el patrimonio hídrico con un enfoque integral para asegurar la disponibilidad, uso sostenible y calidad del recurso hídrico para los diversos usos humanos y naturales frente a los impactos del cambio climático. d) Contemplar la gestión integral de riesgos frente a los fenómenos climáticos extremos atribuidos al Cambio Climático, implementando medidas para incrementar la capacidad de respuesta de los asentamientos humanos. e) Evaluar los impactos sobre la matriz y demanda energética como consecuencia del Cambio Climático. f) Elaborar cartografía de las zonas más vulnerables a la desertificación debido a los factores climáticos en los futuros escenarios. g) Ejecutar un programa de manejo costero destinado a proteger los ecosistemas y las poblaciones ubicadas en las áreas más vulnerables. h) Planificar un ordenamiento territorial que contemple el uso del suelo de manera ambientalmente sostenible. i) Implementar medidas que propendan a la soberanía alimentaria frente a los impactos del Cambio Climático. j) Evaluar las alteraciones sufridas por los sistemas glaciares y periglaciares, desarrollando mecanismos destinados a su protección".

muebles, tiene un aspecto de organización que no puede ser dejado de lado, ya que su objetivo remarca como cuestión especial "Asegurar la preservación y el mejoramiento del medio ambiente, mediante una adecuada organización de las actividades en el espacio". Asimismo, en el art. 2º, otros objetivos apuntan a la realización de actividad bajo la proscripción de acciones contaminantes, asegurar la calidad y recuperar valores ambientales, a través de conciencia comunitaria (el desarrollo de conciencia comunitaria sobre los valores ambientales del espacio donde uno reside, es un elemento necesario para el fortalecimiento de instrumentos de política ambiental, como lo es la educación y el acceso a la información ambiental). Al igual que ocurre con la Ley de Nacional de Bosques, la 8912 hace una clasificación de los diferentes espacios, dividiéndolos en zonas (residencial, de esparcimiento, industrial, etc.) **(44)** y espacios (circulatorios, verdes, parcelarios, etc.) **(45)**. La presente ley reconoce la existencia de espacios y zonas en los cuales existirá un impacto ambiental, como por ejemplo pasa como con la zonas industriales, lo importante es que la misma se realice teniendo en cuenta calidades de preservación del ambiente, el art. 28 del presente decreto-ley, entiende que se pueden realizar actividades compatibles entre sí, en referencia al uso del suelo **(46)**.

Mientras el dec.-ley 8912/1977 busca organizar los usos del suelo en diferentes espacios urbanos, la Ley de Acceso Justo al Hábitat refuerza la necesidad de vivienda digna y uso social de la propiedad privada en estos sectores. La ley modifica artículos del decreto, estableciendo instrumentos y herramientas que faciliten el acceso a la vivienda digna. Como por ejemplo las transferencias de las propiedades a unidades gestoras que para que realicen obras y actividades tendientes al mejoramiento de infraestructura, realizándose transferencias de dominio

(44) Art. 7º: "Denomínense: a) Zona residencial: La destinada a asentamientos humanos intensivos, de usos relacionados con la residencia permanente y sus compatibles, emplazadas en el área urbana. b) Zona residencial extraurbana: La destinada a asentamientos no intensivos de usos relacionados con la residencia no permanente, emplazada en pleno contacto con la naturaleza, en el área complementaria o en el área rural. Se incluyen en esta zona los clubes de campo. c) Zona comercial y administrativa: La destinada a usos relacionados con la actividad gubernamental y terciaria, emplazada en el área urbana. d) Zona de esparcimiento: La destinada principalmente a la actividad recreativa ociosa o activa, con el equipamiento adecuado a dichos usos. Podrá estar ubicada en cualquiera de las áreas. e) Zona industrial: La destinada a la localización de industrias agrupadas. Las zonas industriales se establecerán en cualquiera de las áreas. Al decidir su localización se tendrá particularmente en cuenta sus efectos sobre el medio ambiente, sus conexiones con la red vial principal, provisión de energía eléctrica, desagües industriales y agua potable. Las industrias molestas, nocivas o peligrosas deberán establecerse obligatoriamente en zona industrial, ubicada en área complementaria o rural, y circundada por cortinas forestales. Parque industrial es el sector de la zona industrial dotado de la infraestructura, el equipamiento y los servicios públicos necesarios para el asentamiento de industrias agrupadas, debiendo estar circundado por cortinas forestales. f) Zona de reserva: Al sector delimitado en razón de un interés específico orientado al bien común. g) Zona de reserva para ensanche urbano: Al sector que el municipio delimite, si fuera necesario, en previsión de futuras ampliaciones del área urbana. h) Zona de recuperación: La que, en su estado actual, no es apta para usos urbanos, pero resulta recuperable mediante obras o acciones adecuadas. i) Zona de recuperación de dunas o médanos vivos: Las áreas que contienen formaciones de arenas no fijadas, ya sea provenientes del desgaste de la plataforma o de la erosión continental. j) Zona de usos específicos: La delimitada para usos del transporte (terrestre, marítimo o fluvial y aéreo), de las comunicaciones, la producción o transmisión de energía, la defensa, la seguridad y otros usos específicos".

(45) "a) Espacios circulatorios: Las vías de tránsito para vehículos y peatones, las que deberán establecerse claramente en los planos de ordenamiento. Según la importancia de su tránsito, o función, el sistema de espacios circulatorios se dividirá en: 1.- Trama interna: Vías ferroviarias a nivel, elevadas y subterráneas; autopistas urbanas, avenidas principales, avenidas, calles principales, secundarias y de penetración y retorno; senderos peatonales; espacios públicos para estacionamiento de vehículos. 2.- Trama externa: Vías de la red troncal, acceso urbano, caminos principales o secundarios. b) Espacios verdes y libres públicos: Los sectores públicos (en los que predomine la vegetación y el paisaje), cuya función principal sea servir a la recreación de la comunidad y contribuir a la depuración del medio ambiente. c) Espacios parcelarios: Los sectores destinados a parcelas urbanas y rurales; los espacios destinados a parcelas urbanas, dada su finalidad, se denominarán espacios edificables".

(46) Art. 28 (dec.-ley 10.128/1983): "En cada zona, cualquiera sea el área a que pertenezca, se permitirán todos los usos que sean compatibles entre sí. Los molestos nocivos o peligrosos serán localizados en distritos especiales, con separación mínima a determinar según su grado de peligrosidad, molestia o capacidad de contaminación del ambiente".

con carácter compensatorio para los propietarios.

Mientras el dec.-ley 8912/1977 sienta las bases para la organización territorial en la provincia, la división en zonas y espacios, y la preservación de estándares ambientales en el uso del suelo, la ley 14.449 establece herramientas e instrumentos para facilidad del acceso a la vivienda digna. Asimismo, prioriza dentro de lo que es el ordenamiento territorial, la provisión de servicios esenciales.

En síntesis, la ley 14.449 se articula con el dec.-ley 8912/1977, para asegurar el acceso justo al hábitat y a la vivienda digna, dentro de un plano organizativo racional con parámetros ambientales sostenibles. El derecho constitucional del acceso a la vivienda digna y a un ambiente sano se conjuga en el conjunto de estas dos normativas.

VII. Conclusión

Para realizar un efectivo cumplimiento de la política ambiental, establecida por la Ley General del Ambiente, se necesitan leyes de presupuestos mínimos que amparen los instrumentos para ejecutar dicha política. Ya que estos sentaran las bases para la organización territorial nacional. Sin embargo, es una realidad que la organización territorial depende mucho más de las provincias y los municipios que de la Nación, puesto que las primeras son quienes tienen el dominio de sus recursos, pero a nivel municipal son las segundas quienes organizan los territorios poblados, a través de los códigos urbanos. Asimismo, el ordenamiento ambiental del territorio no puede circunscribirse únicamente a espacios naturales, a los recursos, bosques, glaciares, etc. Puesto que el ambiente no se limita a criterios ecológicos o de recursos naturales, el ambiente urbano existe y es parte integral de todo sistema, por lo tanto debe estar contemplado en todo proyecto de ordenamiento ambiental del territorio, es por eso que la SCBA en los casos mencionados, conforma el criterio "urbano-ambiental", establece que la contaminación no es privativa de espacios naturales, sino que también está presente en espacios artificiales, y el impacto deviene en gran medida de cómo se encuentre organizado el territorio. Por eso la Ley de Acceso Justo al Hábitat, contempla parámetros ambientales, como presupuesto necesario para un verdadero acceso a la vivienda digna, como prerrogativa constitucional sin desconocer el derecho a un ambiente sano. Toda función social de la propiedad, es al mismo tiempo función ambiental, no existe una prioridad de derechos, todos deben estar contemplados al momento de trazar un plan de organización territorial, tanto la faz social como la ambiental. La correcta aplicación de la Ley de Acceso Justo al Hábitat y el dec.-ley 8912/1977, confluyen en una verdadera organización ambiental del territorio en espacios o asentamientos urbanos. Sin embargo, depende del operador administrativo y ejecutor de la presente ley, la correcta aplicación de la misma. No ponderar derechos individuales, sobre los colectivos, diseñar planes integrarles previo a la realización de obras, trabajar en conjunto con los organismos públicos que busquen una adecuada protección del ambiente y, lo más importante, atender a la demanda social, escuchando los reclamos y manteniendo informada a la gente, sobre los diferentes proyectos a realizarse. Es necesario que los programas de educación ambiental, el acceso a la información ambiental, la participación ciudadana y las audiencias públicas sean instrumentos vinculantes y de asesoramiento, para que el ordenamiento ambiental en territorios urbanos sea efectivo.

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 Jorge A. Franza

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: TR LALEY AR/JUR/53220/2020]

COSTAS

Por el orden causado atento la complejidad de la normativa de fondo y la singularidad propia de la causa.

[El fallo se puede consultar a texto completo en la *Revista de Derecho Ambiental* n° 65, págs. 182-229 y en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

AMPARO AMBIENTAL

Emprendimiento inmobiliario. Permiso de edificación. Uso de oficinas en áreas residenciales. Renovación urbana. Vertido de efluentes. Falta de realización de la evaluación del impacto ambiental. Medida cautelar. Paralización de obra. Solicitud de levantamiento. Rechazo.

Con nota de Jorge A. Franza

1. — Las diversas alegaciones que fundamentan el pedido del levantamiento de la medida cautelar, aparecen descontextualizadas de una comprensión de la dimensión ambiental colectiva del conflicto sobre derechos de incidencia colectiva que se plantea en estos autos, relacionado al impacto que, un proyecto de 30 oficinas y 20 estacionamientos, que integran un complejo administrativo, de tres plantas y un subsuelo, tiene sobre un paisaje barrial urbano, en un área donde además no hay conexión a la red cloacal y es de público y notorio cómo se han ido elevando los niveles de las napas freáticas, lo que determinó un cambio de paradigma con relación al vertido de los efluentes por parte del dec. 847/2016 de Córdoba.

2. — Los usos de oficinas en áreas residenciales implican determinados requerimientos funcionales y espaciales que representan una importante variación —tanto dimensional como como morfológica— a la tipología predominante del sector. En este sentido, el edificio de oficinas planteado se constituye en un hecho generador de tensiones derivadas del movimiento de usuarios, perceptible en la concentración de vehículos y peatones en el espacio público donde se pretende insertar, el cual no cuenta con las características físicas ni funcionales para albergarlos.

3. — La medida cautelar otorgada también presenta humo de buen derecho, porque lo que intenta preservar el Centro Vecinal es precisamente que las obras respeten la "escala barrial" y se resguarden las condiciones urbano-ambientales del sector de la ciudad, de uno de los barrios urbanos más residenciales del ejido de la ciudad de Córdoba.

4. — La Dirección de Obras Privadas suscribió el plano y otorgó el permiso de edificación sin aclarar aspectos técnicos que estaban pendientes como la escala barrial y el estacionamiento, que se vinculan directamente al im-

pacto del proyecto sobre el ambiente urbano barrial.

5. — Si un derecho individual presuntamente adquirido de manera regular, se enfrenta a un derecho ambiental de naturaleza colectiva, y si el derecho individual pone en riesgo la conservación o sostenibilidad del derecho de incidencia colectiva, entonces, el conflicto de intereses deberá ser resuelto con base en los preceptos del Estado de derecho ambiental y de la Constitución Ecológica que consagra la protección del derecho humano al ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

6. — El daño ambiental que los accionantes procuran evitar es precisamente el cambio de identidad del ambiente urbano barrial de uno de los barrios más fuertemente desarrollados en la ciudad de Córdoba sobre el concepto de "barrio residencial", para uso de viviendas residenciales individuales, y ese daño no está desvirtuado por prueba alguna hasta el momento en este proceso, ni está referido exclusivamente al proyecto del tercero interesado, sino que importa una visión sistémica y una perspectiva ecocéntrica del desarrollo urbano, clara y fielmente puesta de manifiesto en cada uno de los informes de la Dirección de Planeamiento Urbano relacionados al caso del proyecto de oficinas.

7. — La Ley de Política Ambiental provincial regula lo relativo a los estándares a los que deben ajustarse las personas físicas o jurídicas para evitar efectos perjudiciales sobre el ambiente como consecuencia de su actividad, entre los que se encuentran los de emisión de efluentes, siendo competencia de la Autoridad de Aplicación fijar e implementar los mismos.

8. — El riesgo de llevar adelante la ejecución de un proyecto de obra, respecto del cual en este proceso judicial se ha planteado que no ha cumplimentado a la fecha los presupuestos mínimos ambientales, como es el estudio de impacto ambiental, la audiencia pública para alcanzar la licencia social de los vecinos del barrio, y la factibilidad de vertidos de efluentes, es responsabilidad del edificador y del propietario, motivo por el cual, las demoras en acreditar el cumplimiento de los requisitos mínimos ambientales, es atribuible a decisiones individuales deliberadas.

CContenciosoadministrativa 2a Nom., Córdoba, 24/11/2020. - Centro Vecinal de Barrio Jardín Espinosa y Ampliación Jardín Espinosa c. Municipalidad de Córdoba s/ amparo ambiental.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/60019/2020]

[El fallo se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

Avance en el derecho argentino en la aplicación de los principios del derecho ambiental

Comentario sobre dos recientes fallos del Poder Judicial de la provincia de Córdoba

Jorge A. Franza (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Síntesis de los fallos.— III. Análisis de los fundamentos vinculados al derecho ambiental.— IV. Principio del debido proceso legal ambiental.— V. Principio de complementariedad de la normativa ambiental.— VI. Los principios de no regresión y progresividad en materia ambiental.— VII. Los principios *in dubio pro natura* y *pro natura*.— VIII. Los principios de prevención y precaución.

I. Introducción

Antes que nada, me parece pertinente recordar que el derecho ambiental es una disciplina jurídica en pleno desarrollo y evolución **(1)**.

Constituye el conjunto de normas regulatorias de relaciones de derecho público o privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del medio ambiente, en cuanto a la prevención de daños a este, a fin de lograr el mantenimiento del equilibrio natural, lo que redunda en una optimización de la calidad de vida **(2)**.

En palabras del Dr. Néstor A. Cafferatta **(3)**, los principios de derecho ambiental "constituyen 'guías de conducta', nos señalan un camino, un sendero, que se debe seguir (Zagrebelsky), son normas jurídicas *prima facie* (Betti), en 'estado germinal' (Lorenzetti), mandatos de optimización que hay que cumplirlos en la medida de lo posible (Alexy)".

En ese sentido, me es grato anunciar dos recientes fallos del Poder Judicial de la provincia de Córdoba en los cuales se ha resuelto en fa-

(*) 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 A., "Introducción al derecho ambiental", Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), Instituto Nacional de Ecología (INE), Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), 2004, p. 17, citando a ANDORNO, Luis O., "Vías legales para la defensa del medio ambiente y para la reparación del daño ecológico", JA 2001-I-1068.

(2) CAFFERATTA, Néstor A., ob. cit., p. 17, citando a FLAH, Lily – SMAYEVSKY, Miriam S., "La regulación procesal en el derecho ambiental americano. Acción popular y de clase", LA LEY 1993-E, 935.

(3) CAFFERATTA, Néstor A., "Los principios del Acuerdo de Escazú", JA del 02/12/2020, p. 4.

vor del medio ambiente, utilizando como fundamentos diversos principios del derecho ambiental —no solo emanados de nuestro derecho interno sino también de instrumentos internacionales como el Acuerdo de Escazú **(4)**— lo que pone de manifiesto el avance que se está llevando a cabo en la materia.

En particular me refiero a dos sentencias emitidas por la Cámara Contencioso Administrativa de 2ª Nominación de dicha provincia.

A continuación, procederé a realizar una síntesis de cada una de ellas, para luego abocarme al análisis de los fundamentos, en particular a los vinculados con el derecho ambiental.

II. Síntesis de los fallos

El primero de ellos corresponde a los autos "Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín c. Confederación Argentina de Hockey y otros - amparo ambiental" (en adelante, fallo "Reserva Natural San Martín"), expte. 6930120, protocolo de sentencias, res. 42, 2020, t. 2, folio 376-438, de fecha 23/09/2020.

En esta causa, mediante la 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 ella, los 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 actora solicita la remoción de las obras y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior.

La mayoría del tribunal resolvió hacer lugar a la acción de amparo ambiental interpuesta, ordenando el cese inmediato de toda actividad sobre la cancha de césped sintético sobre agua y la restitución y recuperación de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín al estado anterior al momento de la instalación de dicha cancha, exhortando a la Municipalidad de Córdoba al cumplimiento íntegro del objeto, de los fines y de las prohibiciones establecidas en la ord. 11.702/2009 **(5)** y la normativa complementaria.

El segundo de los fallos corresponde a los autos "Centro Vecinal de Barrio Jardín Espinosa y Ampliación Jardín Espinosa c. Municipalidad de Córdoba - amparo ambiental" (en adelante fallo "Barrio Jardín Espinosa"), expte. 7294440, protocolo de autos, resolución 338, año 2020, t. 8, folio 2268-2299.

Aquí, la firma G. M. Construcciones SRL, sociedad que es fiduciaria del Fideicomiso Inmobiliario Argañaraz, toma intervención en estos autos como tercero interesado en los términos de los arts. 431 **(6)** y ss. del Cód. Proc. Civ. y Com. Córdoba, solicita que se disponga el levantamiento de la medida cautelar dispuesta en el auto 38 de fecha 12/03/2020 e interpone subsidiariamente recursos de reposición y apelación en subsidio.

En dicho auto 38 se resolvió hacer lugar a la medida cautelar y ordenar la prohibición de innovar el estado de cosas, con la consecuente orden de paralización de los trabajos de edificación que se estaban realizando hasta tanto se acredite en el proceso: a) la evaluación de impacto ambiental, b) la realización de la audiencia pública; c) la licencia ambiental de la ley 10.208 (Ley de Política Ambiental Provincial);

(4) "Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe", adoptado en Escazú, Costa Rica, el 04/03/2018.

(5) Creación Reserva Natural Urbana Parque Gral. San Martín. "Art. 1º.— Créase como Reserva Natural Urbana al Parque General San Martín declarándose Patrimonio Ambiental de la Ciudad de Córdoba. Art. 2º.— 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...".

(6) Art. 431 del Cód. Proc. Civ. y Com. Córdoba: "La intervención de terceros y los efectos de la sentencia que se dicte luego de ella se regirá por los artículos siguientes, salvo lo dispuesto en otras leyes".

d) el cumplimiento del dec. prov. 847/2016 (Reglamentación de estándares y normas sobre vertidos para la preservación del recurso hídrico provincial).

Finalmente se resolvió confirmar la medida cautelar ordenada mediante auto 38/2020, y en consecuencia no hacer lugar al levantamiento de la medida cautelar dirigida contra la Municipalidad de Córdoba, toda vez que no se ha acreditado en autos el cumplimiento del estudio de impacto ambiental, del procedimiento del dec. 847/2016 y de la audiencia pública.

III. Análisis de los fundamentos vinculados al derecho ambiental

En este apartado realizaré un análisis de algunos de los principios del derecho ambiental aplicados en los fallos comentados.

Si bien anteriormente definí qué son los principios del derecho ambiental, considero relevante escribir algunas palabras respecto sus funciones.

En ese sentido 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 **(7)**.

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 **(8)**. "Las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos" **(9)**.

Ahora sí procederé al análisis de los principios del Derecho Ambiental más relevantes aplicados en los fallos mencionados anteriormente

IV. Principio del debido proceso legal ambiental

El Dr. Néstor A. Cafferatta **(10)**, en el marco de las reglas del debido proceso del Acuerdo de Escazú, establece que las decisiones, acciones u omisiones que pueden ser objeto de vías de impugnación o recursivas son: a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el *acceso a la información ambiental*; b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la *participación pública* en procesos de toma de decisiones ambientales; y c) cualquier otra decisión, acción u omisión que "afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente".

En ese sentido, en el fallo "Reserva Natural San Martín", se ha puesto de manifiesto la violación a este principio, al no solo haberse omitido la audiencia pública, sino que también se omitió el estudio de impacto ambiental.

Ahora bien, en el fallo "Barrio Jardín Espinosa", se materializaron los principios preventivos y precautorios (se desarrollarán más adelante), toda vez que justamente unos de los motivos para no hacer lugar al levantamiento de la medida preventiva fueron el no haberse acreditado en el proceso la evaluación de impacto ambiental y la realización de la audiencia pública.

V. Principio de complementariedad de la normativa ambiental

El control de complementariedad tiene por objeto desaplicar, anular y declarar la inconstitucionalidad de las normas locales que, perforando los presupuestos mínimos, violan el mandato de complementariedad dispuesto por el tercer párrafo del art. 41 **(11)** de la CN.

(7) CAFFERATTA, Néstor A., "Introducción…", cit., p. 30, citando a LORENZETTI, ob. cit., ps. 261-262.

(8) *Ibid*., p. 30, citando a PRADO, Juan José — GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, "Instituciones de derecho privado", Ed. Eudeba, 1985, cap. III, p. 31, Principios Generales del Derecho.

(9) *Ibid*., p. 30, citando a PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, "Los principios generales del derecho del trabajo", *Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 3, Año 2, mayo 1979, p. 35*.

(10) CAFFERATTA, Néstor A., "Acceso a la Justicia Ambiental (Acuerdo de Escazú)", p. 4, LA LEY, 2020.

(11) Art. 41, CN: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el de-

Así las cosas, en el fallo "Reserva Natural San Martín", ha quedado acreditada la violación a este principio por diversas normas de carácter local, que su contenido se encontraba por debajo de los presupuestos mínimos de protección ambiental dispuestos en dicho art. 41 de nuestra Carta Magna.

VI. Los principios de no regresión y progresividad en materia ambiental

El principio de no regresión es relativamente nuevo en el ámbito del derecho ambiental.

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.

La idea de que, una vez que un derecho humano ha sido reconocido, este no puede ser coartado, destruido ni derogado es común a 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 **(12)**.

El principio de progresividad encuentra fundamento legal en nuestro régimen, no solo en el art. 4º **(13)**, ley 25.675 General del Ambiente, sino también en el art. 28 **(14)** de la CN, que consagra el principio de razonabilidad (Bidart Campos) o la garantía del debido proceso sustantivo (Linares); y desde el punto de vista de los derechos humanos, en el art. 2.2, PIDESC, por el cual "cada uno de los Estados Parte se compromete a adoptar medidas (...) especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios adecuados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena eficacia de los derechos aquí reconocidos" **(15)**.

Los principios de progresividad y no regresión, vedan al legislador y al poder administrador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas —art. 75 **(16)**, inc. 23, CN—.

Como se puede observar, 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.

sarrollo 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".

(12) CAFFERATTA, Néstor A. "Los principios...", ob. cit., p. 6.

(13) Art. 4º, ley 25.675: "Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos".

(14) Art. 28, CN: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

(15) CAFFERATTA, Néstor A., "Los principios...", p. 10, ob. cit.

(16) Art. 75, inc. 23, CN: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

Como expresa Prieur **(17)**, "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".

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (creado en mayo de 1985), se pronunció sobre los *principios de progresividad y no regresividad* en la obs. gral. 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.

El art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (creada en noviembre 1969), 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" (1988), 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".

La Corte IDH en el caso "Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas", sent. del 31/08/2017, serie C, nro. 34 —párrs. 142 **(18)** y 145—, desarrolló y concretó por primera vez una condena específica en forma autónoma del art. 26 de la Convención Americana **(19)**, dispuesto en el cap. III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado.

En definitiva, a partir de este caso, al concretarse por primera vez en la jurisprudencia de la Corte IDH una condena específica en forma autónoma a partir del art. 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.

En el fallo "Reserva Natural San Martín", se puede observar la violación a este principio.

Nótese que la construcción de una cancha de hockey, con todo lo que ello implica (deforestación, contaminación visual, auditiva, etc.) constituye en forma palmaria una disminución de la tutela jurídica efectiva del bien colectivo, como ser en este caso una reserva natural.

---

(17) CAFFERATTA, Néstor A., "Las generaciones futuras", RDAmb., 62, abril-junio 2020, p. 5, citando a 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.

(18) Párr. 142: Tal como fue señalado en el caso "Acevedo Buendía y otros vs. Perú", este tribunal tiene el derecho a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. En este mismo sentido, el tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones. Asimismo, resulta pertinente notar que, si bien el art. 26 se encuentra en el cap. III de la Convención, titulado "Derechos económicos, sociales y culturales", se ubica también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado "Deberes de los Estados y derechos protegidos" y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los arts. 1.1 y 2 señalados en el cap. I (titulado "Enumeración de deberes"), así como lo están los arts. 3º al 25 señalados en el cap. II (titulado "Derechos civiles y políticos").

(19) Cap. III. Derechos económicos, sociales y culturales. Art. 26. Desarrollo progresivo. Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

En el fallo "Barrio Jardín Espinosa", se respetó el principio de no regresión toda vez que, al no hacer lugar al levantamiento de la medida cautelar, se evitó de esa manera el perjuicio al medio ambiente que aparejaría la iniciación de los trabajos de edificación.

VII. Los principios *in dubio pro natura* y *pro natura*

La Corte Suprema **(20)** 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.

VIII. Los principios de prevención y precaución

Siguiendo al Dr. Néstor A. Cafferatta, se ha señalado con acierto que uno de los caracteres o rasgos peculiares del derecho ambiental, es su énfasis preventivo. Aunque "se apoya a la postre en un dispositivo sancionador", sin embargo, "sus objetivos son fundamentalmente preventivos", porque la coacción *a posteriori* resulta ineficaz, puesto que muchos de esos daños ambientales, de producirse, son irreversibles. De manera que "la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizá irreparables" **(21)**.

La procedencia del remedio preventivo deviene incuestionable, cuando se trata de contrarrestar los efectos lesivos que ya ha comenzado a originar una determinada actividad, con el fin de paralizar el daño, deteniendo su desarrollo. Tiene por objeto el daño todavía no provocado, pero que podría posteriormente ser causado si la actividad siguiera; actuando entonces después que el daño ha empezado a ocasionarse, para combatirlo obstaculizando su producción, atacándolo en su causa, en su raíz **(22)**.

Ahora bien, el deber de precaución obliga a tener en cuenta la probabilidad de importantes daños en la biosfera, situación que determina la exigencia de un mayor celo y cuidado ante la fundada sospecha de q se encuentre comprometida la integridad del medioambiente **(23)**.

Paulo A. Lemme Machado sostiene que, en caso de certeza de daño ambiental, debe ser prevenido como lo preconiza el principio de prevención; pero en caso de duda o incerteza, también debe ser prevenido. Esta es la gran innovación del principio de precaución. La duda científica, expresada con argumentos razonables, no dispensa la prevención. No es necesario que se tenga prueba científica absoluta de que ocurrirá el daño ambiental, bastando con el riesgo de que el daño pueda ser grave e irreversible, para que no se deje de disponer medidas efectivas de protección ambiental **(24)**.

Así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre. En ese sentido, Bergel señala que no debe confundirse este principio con el de prevención. En efecto, la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar, o sea que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia. La precaución, por el contrario, enfrenta a otra naturaleza de la incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos en sí mismos **(25)**.

De conformidad con el 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.

(20) CS, 11/07/2019 "Majul, Julio J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental", Fallos 342:1203.

(21) CAFFERATTA, Néstor A., "Introducción…", ob. cit., p. 161.

(22) *Ibid*., p. 162.

(23) *Ibid*., p. 165 citando a Antonio H. Benjamín.

(24) *Ibid*., p. 162.

(25) *Ibid*., p. 166.

Los principios de política ambiental, de prevención y precaución, están contenidos en los arts. 4º y 5º de la ley 25.675 General del Ambiente. Dichos principios, obligan al operador jurídico —el juez, la autoridad competente o de aplicación de la normativa ambiental—, metodológicamente, a priorizar el análisis, en la etapa previa al daño (pre-daño) operando sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, tratando de impedir la consumación del daño ambiental.

El énfasis "preventivo" (frente al riesgo cierto) o "precautorio" (en situaciones de peligro de daño grave o irreversible aun cuando hubiera ausencia de información o de certeza científica), son características salientes del derecho ambiental **(26)**.

En ese sentido, el *principio de prevención* que rige en la materia —art. 41, CN **(27)**— y la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han establecido 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*" (CS, *in re* "Salas, Dino", Fallos 332:663).

En los fallos "Reserva Natural San Martín" y "Barrio Jardín Espinosa", se puede observar con claridad la aplicación de estos principios.

Nótese que los magistrados, al momento de resolver, tuvieron en consideración el daño futuro cierto y mensurable (prevención) y la posibilidad de creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles (precaución) al medio ambiente, que conllevaría la realización de las construcciones pretendidas en ambos fallos.

Como cierre del presente trabajo, quisiera traer unas palabras del Dr. Néstor A. Cafferatta **(28)** respecto del concepto de "calidad de vida", las que considero muy valiosas e inspiradoras para todos los amantes del medio ambiente.

Según él, es una fórmula que "se ha convertido en una especie de complemento necesario del medio ambiente. Ella expresa la voluntad de la búsqueda de calidad más allá de lo cuantitativo, que es el nivel de vida. La noción calidad de vida ha aparecido como objetivo fundamental de la política de conservación de los recursos naturales y la protección del ambiente. La calidad de vida habrá de funcionar como parámetro de condiciones mínimas que debe tener el medio físico, entendido este en un sentido amplio, relacionándose con los recursos naturales, pero implicando sensaciones sicológicas, estéticas y estados de ánimo en función de la belleza y el equilibrio natural de la convivencia social".

(26) CAFFERATTA, Néstor A., "Actualidad jurídica Ambiental", nro. especial 102/2, Instituto Nacional de Ecología, junio 2020, p. 40.

(27) 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".

(28) CAFFERATTA, Néstor A., "Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada", DJ 2002-3, 1133 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 01/01/2003, 673.

ACTUALIDAD AMBIENTAL DEL LITORAL

EXPLOTACIÓN FORESTAL

Despacho de una medida anticautelar contra cualquier resolución judicial o de otra índole que altere o restrinja la ejecución de permisos otorgados en materia forestal en la provincia del Chaco. Notas periodísticas publicadas en la web. Ausencia de notificación formal. Seguridad jurídica y paz social.

Con nota de Leonardo Villafañe

> Corresponde despachar una medida anticautelar contra cualquier resolución judicial o de cualquier otra índole que altere o restrinja la ejecución de planes, permisos, guías de tránsito de productos forestales e industriales, o el avance de permisos o autorizaciones otorgadas que se encuentren en ejecución en la provincia del Chaco, resguardando la tutela judicial efectiva tanto de los habitantes de la Provincia como del Estado provincial —como sujeto de derechos—, y sus derechos de orden constitucional y aquellos resguardados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, garantizando de esta forma la seguridad jurídica y la paz social, y teniendo en cuenta la ausencia de notificación formal de las circunstancias fácticas extraídas de las notas publicadas en la web, a las que se acceden en este acto.

JCiv. y Com. Nro. 6, Resistencia, 19/10/2020. - Fiscalía de Estado de la Provincia del Chaco s/ medida cautelar.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/49457/2020]

Expte. N° 7706/2020

1ª Instancia.- Resistencia, octubre 19 de 2020.

Considerando:

I. Que a fs. 4/8 se presentan el Dr. Guido Cotterli, Abogado del Estado Provincial y en representación de este, con el patrocinio letrado de la Sra. Fiscal de Estado de la Provincia del Chaco, Dra. Andrea Lorena Quevedo, e interponen medida anticautelar contra cualquier resolución judicial y/o de cualquier otra índole que afecte la legalidad y plena vigencia en materia forestal (Subsecretaría de Recursos Naturales y/o el Ministerio de la Producción, Industria y Empleo de la Provincia del Chaco y/o repartición estatal competente); que alteren o restrinjan la ejecución de planes, permisos, guías de tránsito de productos forestales e industriales, o el avance de permisos o autorizaciones otorgadas que se encuentren en ejecución por aplicación de la Ley Provincial 1762-R (antes Ley 6409), Dec. Reg. N° 932/2010 y cctes.; o que produzcan la interrupción o suspensión de la producción y la industria forestal, como así también, el transporte de la producción forestal primaria e industrial, el desarrollo de las actividades de los trabajadores forestales, empresas, acopios, playas de carga, o cualquier actividad derivada, resguardando la tutela judicial efectiva tanto de los habitantes de la Provincia del Chaco como del Estado Provincial —como sujeto de derechos—, y sus derechos de orden constitucional y aquellos resguardados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Refieren a la competencia y requisitos de admisibilidad para el otorgamiento de la presente medida.

Sostienen que de publicaciones en medios periodísticos se advierte la posibilidad de existir Medida Judicial disponiendo la suspensión total e indiscriminada de permisos y actividades relacionadas con la explotación forestal en la Provincia del Chaco.

Que la existencia de una medida injustificada y desproporcional de la magnitud descripta por los medios los constriñe a intentar esta Medida Anticautelar con el objeto de obtener la intervención judicial urgente, con la exclusiva finalidad de resguardar derechos fundamentales tanto del Estado mismo como de los habitantes del suelo chaqueño que —de no ser tutelados en forma inmediata— serán de imposible reparabilidad ulterior.

Advierten que una medida judicial dictada con la amplitud y abarcamiento descripto por los medios periodísticos —que de existir aún no ha sido anoticiada a repartición Estatal o a esta Fiscalía de Estado—, afectaría la totalidad de la línea productiva forestal, desde los encargados de la extracción de materia prima, hasta los pequeños comerciantes de su producto terminado, pasando por transportistas, acopiadores, etc., por lo que se estaría afectando aproximadamente 25.000 familias que viven de la actividad productiva forestal y sus derivados, en su mayoría habitantes de la Provincia del Chaco, con el impacto social y económico que ello acarrearía.

Que esta situación descripta no puede ser avalada por el Estado, por carecer de justificación que otorgue suficiente andamiaje a la quita indiscriminada de medios productivos o fuentes de trabajo vinculadas a la explotación forestal, más aún teniendo presente la particular situación socioeconómica que se encuentra atravesando tanto el País como la Provincia del Chaco producto de la pandemia por Covid-19.

Aseveran que mediante la presente medida procuran hacer prevalecer la amplitud de derechos originados en los instrumentos cuya validez y vigencia

pretenden destacar posibilitando, dentro del marco constitucional permitido, la mantención de una fuente esencial de trabajo para los ciudadanos chaqueños de localidades aisladas del interior provincial, generando en sí mismo una ampliación en los derechos de los habitantes de la provincia del chaco, advirtiendo que cualquier tipo de medida restrictiva del derecho elemental concedido implicaría la vulneración de las garantías constitucionales mencionadas previamente, ocasionando un daño de imposible ulterior reparación, representando esto un ataque infundado contra el estado Democrático, Republicano y de Derecho que consagra nuestra Carta Magna, que también afectaría directamente las arcas provinciales, por vedar al Estado Provincial de la percepción de impuestos y cánones provenientes de la producción forestal y silvopastoril, que por su magnitud resultan esenciales para las finanzas y el normal funcionamiento de numerosas oficinas Estatales.

Expresan que de no hacerse lugar a la Medida Anticautelar solicitada, existe evidentemente la posibilidad cierta de que algún suceso lamentable ocurra prontamente, y que de receptarse esta cautelar, al menos se podría evitar el daño cierto y grave ocasionado por verse vedada la posibilidad consagrada no solo constitucionalmente sino receptada en los tratados internacionales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, de que un gran número de ciudadanos pierda su única fuente de trabajo en un momento tan especial como el que se encuentra atravesando el mundo entero como consecuencia de la propagación del Covid-19, y la especial afectación a la economía regional y familiar que esta pandemia provocó, afectándose —asimismo— el imperio de los artículos 14 y 14 bis de nuestra Constitución Nacional.

Que de no garantizarse la plena vigencia y validez de las Disposiciones y Resoluciones dictadas por autoridad competente, vinculadas a la concesión de permisos de cambio de uso de suelo, derivados de la Ley 1762-R, Dec. Reg. N° 932/2010 y cctes., al atacarse la única fuente de trabajo existente en algunas localidades del interior chaqueño, se violaría el artículo 8 de la Constitución Provincial, la cual refleja que los habitantes de la provincia tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley la que deberá ser una misma para todos tener acción y fuerza uniformes y asegurarle igualdad de oportunidades, cada habitante tiene el deber de contribuir de acuerdo a sus posibilidades al bienestar común, y el correlativo derechos de participar en sus beneficios.

Sostienen que el peligro en la demora radica en que si se utiliza algún medio judicial y/o administrativo y/o recursivo de cualquier índole que anule los efectos de permisos y/o autorizaciones de trabajo otorgados por la Subsecretaría de Recursos Naturales, vinculadas a la facultad de cambio de uso de suelo, derivados de la Ley 1762-R, Dec. Reg. N° 932/2010 y cctes., se afectaría derechos adquiridos por terceros ajenos al Estado Provincial de manera directa y explícita, afectando la posibilidad de acceder a un trabajo digno para lograr el sustento de numerosas familias en el interior de nuestra provincia, donde estas actividades productivas representan la única fuente de trabajo existente.

Efectúan una serie de consideraciones que en orden a la brevedad doy por reproducidas, hace reserva del caso federal, funda en derecho y peticiona en forma de estilo.

A fs. 9, atento constancias de autos, se dispone estar a lo que se resuelve en el día de la fecha.

II. Dados los antecedentes expuestos y términos vertidos, resulta dable señalar que Jorge W. Peyrano expresa que "la medida anticautelar no apunta en modo alguno a proscribir la traba de cualesquier diligencia cautelar, lo que sería claramente inconstitucional, sino tan solo a proscribir un ejercicio abusivo y excesivo de la potestad cautelar".

En ese sentido, el destacado jurista enseña que en primer término, que el requirente de una anticautelar deberá demostrar *prima facie* que se encuentra incurso en una situación de vulnerabilidad cautelar; es decir que el destinatario está en condiciones ya mismo de postular en su contra una cautelar que lo perjudicaría grandemente. El presente recaudo ocupa el lugar de la 'urgencia' propia de toda autosatisfactiva, porque la situación de vulnerabilidad cautelar apremia y no admite demoras frente a la posibilidad de que el requirente pueda ser víctima de un abuso cautelar, tan habitual en la actualidad.

Que, en tal sentido corresponde merituar si los hechos puntualizados y elementos de convicción que tengo a la vista, resultan *prima facie* suficientes para habilitar la cautelar intentada. Que previamente, debo resaltar que en las presentes actuaciones lo que en definitiva persigue el accionante no es mas ni menos que obtener de parte de la jurisdicción una protección cautelar contra eventuales cautelares, o lo que distinguida doctrina denomina una medida anticautelar (Jorge W. Peyrano, Revista de Jurisprudencia Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, Fascículo N° 10, Bs. As. 07/03/2012, p. 3).

Determinada la cuestión en la forma precedentemente expuesta, corresponde en este punto analizar los requisitos de admisibilidad de la medida peticionada.

Que bajo tales premisas, se colige que el recurrente pretende se despache medida anticautelar contra cualquier resolución judicial y/o de cualquier otra índole que afecte la legalidad y plena vigencia en materia forestal (Subsecretaría de Recursos Naturales y/o el Ministerio de la Producción, Industria y Empleo de la Provincia del Chaco y/o repartición estatal competente); que alteren o restrinjan la ejecución de planes, permisos, guías de tránsito de productos forestales e industriales, o el avance de permisos o autorizaciones otorgadas que se encuentren en ejecución por aplicación de la Ley Provincial 1762-R (antes Ley 6409), Dec. Reg. N° 932/2010 y cctes.; o que produzcan la interrupción o suspensión de la producción y la industria forestal, como así también, el transporte de la producción forestal primaria e industrial, el desarrollo de las actividades de los trabajadores forestales, empresas, acopios, playas de carga, o cualquier actividad derivada, resguardando la tutela judicial efectiva tanto de los habitantes de la Provincia del Chaco como del Estado Provincial —como sujeto de derechos—, y sus derechos de orden constitucional y aquellos resguardados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Es decir que, de acuerdo a los hechos relatados por el peticionante y sobre los presupuestos fácticos que menciona, teme ser posible destinatario de una cautelar abusiva, es decir apunta a prevenir un abuso cautelar probable e inminente por lo que se anticipa interponiendo la presente acción.

Debo reseñar que el artículo 8 —1° párrafo— de la Constitución Provincial determina que: "Los habitantes de la Provincia tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, la que deberá ser una misma para todos, tener acción y fuerza uniformes, y asegurarles igualdad de oportunidades".

A su vez, el art. 119 del mismo cuerpo normativo establece que: "Corresponde a la Cámara de Diputados:...19) Legislar sobre tierras públicas, bosques, colonización, fomento de la inmigración y radicación de la población, el uso adecuado de los recursos naturales, su recuperación y su empleo no consuntivo; la administración y control centralizados de los recursos naturales productivos para lograr su eficiencia y evitar su deterioro; la formulación de otras políticas compatibles con la producción primaria, industrial y comercial, a partir de la creciente competitividad, y en general formular planes de desarrollo sustentables."

De ello se colige que tanto la pretensión precautoria como la normativa contenida en la Ley Provincial 1762-R (antes Ley 6409), Dec. Reg. N° 932/2010 y cctes. encuentran su fundamento en garantías y atribuciones conferidas por el texto constitucional local.

En este quehacer jurisdiccional ponderativo, considero que los recaudos legales para la procedencia de la anticautelar que se pretende en el *sub-examinis,* se hallan configurados por la situación fáctica expuesta por quién pretende la medida incoada, sustentada en la ausencia de notificación formal de las circunstancias fácticas extraídas de las notas publicadas en la web, a las que accedo en este acto.

En tal sentido y siendo solo necesario la apariencia del buen derecho, lo cual se obtiene analizando los hechos referidos y medios probatorios aportados en estas actuaciones, no debiendo buscarse en esta instancia la certeza que solamente se logrará a través de las probanzas que han de efectuarse a posteriori durante la secuela del juicio.

Por ende de las circunstancias de que se tenga acreditada la verosimilitud del derecho a los efectos de la medida anticautelar, no importa decidir sobre el fondo de la cuestión, sino que implica tan solo apreciar provisionalmente el mérito de la pretensión final que deberá efectuarse en la sentencia.

Que en orden a lo antedicho, debe señalarse que este requisito se refiere a la posibilidad de que el derecho exista no a una incontestable realidad, que solo se logrará al agotarse el trámite, lo cual propugna una amplitud de criterio a su respecto. (conf. Fenochietto - Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Concordada", T. 1, p. 665) Este recaudo se demuestra mediante un procedimiento probatorio meramente informativo, analizando los hechos referidos y la documentación acompañada. (Enrique M. Falcón, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Tomo II, p. 235).

El requisito de la verosimilitud del derecho, tal lo establece la doctrina generalizada sobre la materia, alude a la apariencia de buen derecho, que constituye una especie de legitimación que juega como una condición de apertura y fundamentación del procedimiento cautelar.

Jurisprudencialmente se ha dispuesto que "... De allí que para decretarlas no se requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido en el principal, extremo que solo puede ser alcanzado al tiempo de la sentencia, sin que sea menester un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, bastando que a través de un estudio prudente sea dado percibir un fumus bonis juris en el peticionario" (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 05/07/1983, ED, 106, p. 500).

En cuanto al presupuesto del peligro en la demora, la parte recurrente alega que ante las difusiones periodísticas, si se utilizara algún medio judicial y/o

administrativo y/o recursivo que anule los efectos de permisos y/o autorizaciones de trabajo otorgados por la Subsecretaría de Recursos Naturales, vinculadas a la facultad de cambio de uso de suelo, derivados de la Ley 1762-R, Dec. Reg. N° 932/2010 y cctes., se afectaría derechos adquiridos por terceros ajenos al Estado Provincial, afectando la posibilidad de acceder a un trabajo digno para lograr el sustento de numerosas familias, particularmente en el interior de nuestra provincia, donde tales actividades productivas representan la única fuente de trabajo existente.

Que siendo de público conocimiento las notas periodísticas de las cuales surge información en orden a la posibilidad de efectivizarse medidas que tiendan a afectar la legalidad y plena vigencia en materia forestal (Subsecretaría de Recursos Naturales y/o el Ministerio de la Producción, Industria y Empleo de la Provincia del Chaco y/o repartición estatal competente), y —por lo tanto— alteren o restrinjan la ejecución de planes, permisos, guías de tránsito de productos forestales e industriales, o el avance de permisos o autorizaciones otorgadas que se encuentren en ejecución por aplicación de la Ley Provincial 1762-R (antes Ley 6409), Dec. Reg. N° 932/2010 y cctes.; o la interrupción o suspensión de la producción y la industria forestal, como así también, el transporte de la producción forestal primaria e industrial, el desarrollo de las actividades de los trabajadores forestales, empresas, acopios, playas de carga, o cualquier actividad derivada, es que a los fines de dar certeza a una situación de hecho vigente, garantizando de esta forma la seguridad jurídica y la paz social, teniendo como parámetro la denuncia de los derechos constitucionales lesionados referidos *ut supra*, me inclinan a pronunciarme en sentido afirmativo en relación a la medida anticautelar, atento a que "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos", considerando tal supuesto al que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Sin soslayar que "el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva..." (Art. 10 del Cód. Civ. y Comercial); y teniendo en cuenta las circunstancias singulares del caso, sin perjuicio de los principios de provisoriedad y mutabilidad que norman este tipo de procesos.

En tal sentido, la certeza judicial enriquece, como presupuesto, a la seguridad jurídica, entendida esta como el sentimiento o estado de conciencia de una sociedad de que están garantizados sus derechos fundamentales frente a ingerencias ilegales o arbitrarias de las autoridades públicas o de los particulares.

Nuestra Corte ha señalado que:" En el ejercicio de la función judicial no cabe prescindir de la preocupación por la "justicia", pues es deber de los magistrados asegurar la necesaria primacía de la verdad jurídica objetiva, sin que nada excuse la indiferencia de los jueces al respecto en la misión de dar a cada uno lo suyo" (Fallos: 195:61, LA LEY, 29:701).

Cuando el sistema institucional funciona en términos iguales para todos, a través de normas claras y susceptibles de ser conocidas por todos, que rigen y se aplican a situaciones posteriores a su entrada en vigencia, puede hablarse de seguridad jurídica.

De allí la importancia que revisten las garantías, tendientes a la efectividad de los derechos sustanciales —en este caso el derecho de toda la población chaqueña al ejercicio de la producción y la industria forestal, como así también, el transporte de la producción forestal primaria e industrial, el desarrollo de las actividades de los trabajadores forestales, empresas, acopios, playas de carga, o cualquier actividad derivada—, pero fundamentalmente también la organización del poder a través de una serie de potestades que se atribuyen a las magistraturas públicas, las que constituyen garantías políticas de control de las libertades.

La seguridad jurídica constituye un ingrediente necesario del Estado de Derecho que consiste no solo en la certeza respecto de que las reglas de juego serán las mismas, sino también fundamentalmente de que aquel que tenga la mejor razón o el mejor derecho, obtendrá el reconocimiento sin que rigorismos formales ni la inoperancia del sistema lo impidan.

Asimismo, es dable recordar que pesa sobre esta magistratura la responsabilidad de buscar la justicia del caso concreto sin dejar de lado las exigencias y expectativas de la sociedad, es decir atendiendo los intereses del llamado "bien político común" y tal como lo expone Amaya, "...Se requiere, por consiguiente, una inteligencia previsora, dispuesta a medir las proyecciones sociales globales y las proyecciones para los casos judiciales de las soluciones que se propugnen. El mandato del preámbulo de la constitución argentina de "afianzar la justicia" y "promover el bienestar general" exige al intérprete no quedar atado al caso individual y elevarse a la proyección social y futuro de los resultados interpretativos..." (Amaya, Jorge Alejandro, Control de Constitucionalidad, Tomo I, Ed. Astrea, Ed. 2015, Bs. As., p. 429), lo que redundará en el afianzamiento de la paz social.

Con lo cual, la totalidad de los argumentos que justifican la presentación, los recaudos legales para su procedencia y las constancias obrantes en la causa, me persuaden respecto a la necesidad de otorgar la presente medida.

Por todo lo dicho, corresponde despachar la presente medida anticautelar contra cualquier resolución judicial y/o de cualquier otra índole que afecte la legalidad y plena vigencia en materia forestal (Subsecretaría de Recursos Naturales y/o el Ministerio de la Producción, Industria y Empleo de la Provincia del Chaco y/o repartición estatal competente); que alteren o restrinjan la ejecución de planes, permisos, guías de tránsito de productos forestales e industriales, o el avance de permisos o autorizaciones otorgadas que se encuentren en ejecución por aplicación de la Ley Provincial 1762-R (antes Ley 6409), Dec. Reg. N° 932/2010 y cctes.; o que produzcan la interrupción o suspensión de la producción y la industria forestal, como así también, el transporte de la producción forestal primaria e industrial, el desarrollo de las actividades de los trabajadores forestales, empresas, acopios, playas de carga, o cualquier actividad derivada, resguardando la tutela judicial efectiva tanto de los habitantes de la Provincia del Chaco como del Estado Provincial —como sujeto de derechos—, y sus derechos de orden constitucional y aquellos resguardados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Conforme lo normado por el art. 216, la presente se otorga con exención de prestar contracautela.

Por las motivaciones y fundamentos expuestos resuelvo: I. Decretar medida anticautelar contra cualquier resolución judicial y/o de cualquier otra índole que afecte la legalidad y plena vigencia en materia forestal (Subsecretaría de Recursos Naturales y/o el Ministerio de la Producción, Industria y Empleo de la Provincia del Chaco y/o repartición estatal competente); que alteren o restrinjan la ejecución de planes, permisos, guías de tránsito de productos forestales e industriales, o el avance de permisos o autorizaciones otorgadas que se encuentren en ejecución por aplicación de la Ley Provincial 1762-R (antes Ley 6409), Dec. Reg. N° 932/2010 y cctes.; o que produzcan la interrupción o suspensión de la producción y la industria forestal, como así también, el transporte de la producción forestal primaria e industrial, el desarrollo de las actividades de los trabajadores forestales, empresas, acopios, playas de carga, o cualquier actividad derivada, resguardando la tutela judicial efectiva tanto de los habitantes de la Provincia del Chaco como del Estado Provincial —como sujeto de derechos—, y sus derechos de orden constitucional y aquellos resguardados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. II. Habilitar días y horas inhábiles para la notificación de la presente Resolución, de la que se adjuntará copia, al igual que copia del escrito de iniciación, de conformidad a lo normado por el art. 151 del Cód. Proc. Civ. y Comercial. III. Notifíquese, regístrese, protocolícese. — *Jorge Mladen Sinkovich.*

ACTIVIDAD FORESTAL

Dictado de una medida anticautelar. Requisitos para su dictado. Existencia de medidas cautelares dictadas sobre las mismas situaciones fácticas. Revocación.

Con nota de Leonardo Villafañe

1. — Toda vez que la anticautelar dispuesta por el juez implica una concreta restricción del derecho cautelar a la tutela judicial efectiva obtenido en otra resolución, resulta en toda su dimensión la cualidad de afectada de quien obtuvo un despacho cautelar favorable y por ende la legitimación para presentarse a interponer y fundar el recurso de apelación.

2. — La pretensión anticautelar viene a morigerar la libre elección cautelar con que cuenta su destinatario, cuando la selección de una precautoria específica generaría graves perjuicios a la requirente y puede ser reemplazada idóneamente por otra.

3. — La medida anticautelar no sirve para sustituir o modificar una medida cautelar ya decretada; debe solicitarse antes de que se haya obtenido la cautela y solamente restringe la selección cautelar de la que dispone el titular de un derecho, por lo que no tiene por finalidad neutralizar todas las cautelares posibles, sino solo una en particular.

4. — No podría haberse despachado favorablemente la medida anticautelar peticionada, toda vez existían medidas cautelares dictadas sobre las mismas situaciones fácticas.

5. — A la fecha de interposición y dictado de la medida anticautelar, se encontraba dictada una medida cautelar confirmada que suspendía los permisos y/o autorizaciones otorgadas para desmontes en determinada zona, la que era de conocimiento de la parte actora y además con el dictado de otra medida cautelar que suspendía los trámites de permisos de cambios de uso de suelo y permisos de desmonte, la que no habría sido notificada pero era de público y notorio conocimiento.

CCiv. y Com., Resistencia, sala I, 01/02/2021. - Fiscalía de Estado de la Provincia del Chaco s/ medida cautelar.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1041/2021]

COSTAS

Se imponen a la parte apelada.

Expte. N° 7706/20-1-C

2ª Instancia.- Resistencia, febrero 1 de 2021.

Considerando:

I. Que acceden estos autos a la Alzada, del Juzgado Civil y Comercial N° 6, en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 49/59 por la apoderada de "Conciencia Solidaria al Cuidado del Medio Ambiente, el Equilibrio Ecológico y los Derechos Humanos Asociación Civil", contra la sentencia recaída a fs. 10/17 y vta. Que el mismo fue concedido a fs. 60, en relación y con efecto no suspensivo, y se corre traslado de la expresión de agravios, la que es evacuada a fs. 67/76. A fs. 77 se dispone la elevación de las actuaciones. Recibidas, se radican a fs. 87 ante esta Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial. A fs. 89 se llama Autos, lo que deja la cuestión en condiciones de ser resuelta.

II. 1. De la lectura de las causas, extraemos que el *a quo* resolvió decretar medida anticautelar contra cualquier resolución judicial y/o de cualquier otra índole que afecte la legalidad y plena vigencia en materia forestal (Subsecretaría de Recursos Naturales y/o el Ministerio de la Producción, Industria y Empleo de la Provincia del Chaco y/o repartición estatal competente); que alteren o restrinjan la ejecución de planes, permisos, guías de tránsito de productos forestales e industriales, o el avance de permisos o autorizaciones otorgadas que se encuentren en ejecución por aplicación de la Ley Provincial 1762-R (antes Ley 6409), Dec. Reg. N° 932/2010 y cctes.; o que produzcan la interrupción o suspensión de la producción y la industria forestal, como así también, el transporte de la producción forestal primaria e industrial, el desarrollo de las actividades de los trabajadores forestales, empresas, acopios, playas de carga, o de cualquier actividad derivada, resguardando la tutela judicial efectiva tanto de los habitantes de la Provincia del Chaco como del Estado Provincial —sujeto de derechos— y sus derechos de orden constitucional y aquellos resguardados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

2. Contra dicho decisorio —como ya lo anticipáramos— se alza la Asociación Civil "Conciencia Solidaria al Cuidado del Medio Ambiente, el Equilibrio Ecológico y los Derechos Humanos Asociación Civil".

A efectos de acreditar la legitimación, narra que la organización ambiental interpuso acción de amparo y medida cautelar contra la Subsecretaría de Desarrollo Forestal de la Provincia del Chaco en la Sala I de la Cámara Contenciosa Administrativa.

Que como consecuencia de ello en los autos "C. s/ medida cautelar", Expte. N° 11.345/20 dicha Sala el 16/10/2020 dictó la Resolución N° 276 que dispuso: "...Hacer lugar a la medida cautelar innovativa peticionada, y ordenar a la Subsecretaría de Desarrollo Forestal —Subsecretaría de Recursos Naturales— del Chaco y al Ministerio de la Producción, Industria y Empleo del Chaco: 1) la inmediata suspensión de todo permiso y/o autorización de desaprovechamiento y/o cambios de uso de suelo —desmonte, etc.— correspondiente a las categorías de conservación I (rojo) —excepto planes y trabajos de conservación que no impliquen la afectación y/o conversión de los bosques—, II (amarillo) y III (verde III) de la Ley N° 1762-R, en cualquier estado de ejecución en que se encuentre, desde el mes de diciembre del año 2014 y hasta el presente; 2) La inmediata suspensión de todo procedimiento, trámite o actividad tendiente a otorgar permisos y/o autorizaciones de aprovechamiento y/o cambios de uso de suelo —desmonte, etc.—, recategorizaciones y/o actividad alguna, vinculadas a las categorías de conservación I (rojo) —excepto planes y trabajos de conservación que no impliquen la afectación y/o conversión de los bosques—, II (amarillo) y III (verde III) de la Ley N° 1762-R, en cualquier estado de ejecución en que se encuentre; 3) Informe en el plazo de cinco días la totalidad de permisos y/o autorizaciones de aprovechamiento y/o cambios de uso de suelo —desmonte, etc.—, correspondiente a las categorías de conservación I (rojo) —excepto planes y trabajos de conservación que no impliquen la afectación y/o conversión de los bosques—, II (amarillo) y III (verde III) de la Ley N° 1762-R, otorgadas desde el mes de diciembre del año 2010 y su estado de ejecución, debiéndose detallar: datos del propietario, datos catastrales del predio, departamento, superficie catastral y superficie de trabajo. 4) Notificar fehacientemente la medida ordenada a los titulares de la totalidad de permisos y/o autorizaciones de aprovechamiento y/o cambios de uso de suelo —desmonte, etc.-, correspondientes a las categorías de conservación I (rojo) —excepto planes y trabajos de conservación que no impliquen la afectación y/o conversión de los bosques—, II (amarillo) y III (verde III) de la Ley N° 1762-R, aprobadas y en estado de ejecución desde el mes de diciembre del año 2014, debiendo acreditar su cumplimiento. Bajo apercibimiento de correr vista al Fiscal en turno por las responsabilidades penales, administrativas, civiles y ambientales que correspondan. 5) Difundir y publicar la medida resuelta. 6) Informar a este Tribunal el cumplimiento de la presente resolución en el término de cinco días, considerando el aislamiento dispuesto por la situación de pandemia originada por Coronavirus (Covid-19). Con habilitación de días y horas inhá-

biles. II.- Una vez cumplimentado lo ordenado en el Pto. I, 3), solicitar la colaboración de los Juzgados de Paz y Faltas de las jurisdicciones correspondientes, la inspección y verificación del estado de los permisos y/o autorizaciones de aprovechamiento y/o cambios de uso de suelo —desmonte, etc.— suspendidos por la presente medida...".

Expresa que en función de las denuncias de organizaciones nacionales e internacionales, el Defensor del Pueblo de la Provincia del Chaco presentó acción de amparo y medida cautelar ante el Juzgado Civil y Comercial N° 21, donde se emitió resolución cautelar en los autos "Defensor del Pueblo de la Provincia del Chaco c. Subsecretaría de Recursos Naturales del Chaco y/o Poder Ejecutivo de la Provincia del Chaco s/ medida cautelar innovativa", Expte. N° 5763/19 y se dispuso: "...I.- Decretar medida cautelar innovativa contra la Subsecretaría de Recursos Naturales de la Provincia del Chaco y/o Poder Ejecutivo de la Provincia del Chaco, por lo tanto suspender la totalidad de los permisos y/o autorizaciones otorgados hasta la fecha para desmontes en zona amarilla —categoría II— en escala predial; y de los permisos otorgados aún antes de la interposición y notificación de la presente acción...".

Que en función de la anticautelar dispuesta en los presentes actuados implica una concreta restricción del derecho cautelar a la tutela judicial efectiva obtenido en la resolución de la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativa, resulta en toda su dimensión la cualidad de afectada de quien obtuvo un despacho cautelar favorable y por ende la legitimación para presentarse a interponer y fundar el recurso de apelación.

Formula como primer agravio que el sentenciante utiliza como fundamentos artículos de la Constitución Provincial pero no lo analiza.

Que la Fiscalía de Estado expresa "...de no hacerse lugar a la Medida Anticautelar solicitada, existe evidentemente la posibilidad cierta de que algún suceso lamentable ocurra prontamente...", sin aclarar cuál sería el suceso.

Asevera que la decisión contiene vicios en el análisis de los recaudos que no se meritúo: 1) el orden legal vigente; 2) qué grupo, qué número de personas podrían verse afectados y porqué?; 3) no se analizó la potestad de la Fiscalía de estado para plantear esta medida cautelar; 4) se reproducen conceptos dogmáticos como si los mismos fueran semejables a las leyes. Que estas son las notas salientes de una decisión arbitraria.

Proclama como segundo agravio lo que consideró el juez *a quo* para la procedencia de la anticautelar y transcribe el siguiente párrafo: "... los recaudos legales para la procedencia de la anticautelar que se pretende en el subexaminis, se hallan configurados por la situación fáctica expuesta por quién pretende la medida incoada, sustentada en la ausencia de notificación formal de las circunstancias extraídas de las notas publicadas en la web, a las que accedo en este acto.".

De ello infiere el recurrente que no se han explicado quiénes integran ese colectivo, dónde descansarían los perjuicios, cuando ni siquiera se tenía conocimiento de la medida cautelar en su contenido; señalando que la suspensión de los desmontes ya debían haberse producido a tenor de lo dispuesto por el Decreto N° 289/2019, la sentencia cautelar dictada por el Juzgado Civil y Comercial N° 21 y la falta de actualización del OTBN.

Arguye que se utilizó a la justicia para evadir una orden judicial sin caer en desobediencia y que un juez no debería fundar una medida de este tipo, teniendo por acreditada una situación fáctica sustentada en la ausencia de notificación formal.

Exterioriza como tercer agravio que otro de los despropósitos de la decisión es la afirmación "... no importa decidir sobre el fondo de la cuestión..." y que no precisar cuál es el objeto de la acción principal.

Expone como cuarto agravio que resulta arbitraria la decisión de sostener que un juez puede bloquear el poder cautelar de otro sobre la base del abuso de las pretensiones cautelares que son despachadas por jueces.

Alega como quinto agravio que el juez sostiene que "... se afectaría derechos adquiridos por terceros ajenos al Estado Provincial de manera directa y explícita..." y se pregunta cuáles serían los derechos adquiridos "los permisos" ; a lo que explica que los permisos son instrumentos precarios y pueden ser anulados.

Continúa preguntándose si la Fiscalía de Estado tiene que tutelar derechos adquiridos de terceros o resguardar el patrimonio del estado?, interpretando que esta pregunta era fundamental para determinar la existencia del requisito de la verosimilitud en el derecho y su respuesta determinante de la improcedencia.

Arguye ausencia de legitimación para peticionar, explayándose al respecto e invoca los arts. 172, 174 de la Constitución Provincial y art. 12 de la Ley 1940-A.

Efectúa reserva de la cuestión federal, de solicitar el avocamiento al Superior Tribunal de Justicia aten-

to el grado de estrépito y gravedad institucional que supone la existencia de una decisión judicial que es "bloqueada por otra decisión judicial" y de formular denuncia ante el sistema interamericano de DDHH.

Finaliza con petitorio de rigor.

III. Circunscripta la cuestión en los términos que anteceden, resulta pertinente rememorar algunos conceptos y lineamientos referentes a las medidas anticautelares.

La pretensión anticautelar viene a morigerar la libre elección cautelar con que cuenta su destinatario, cuando la selección de una precautoria específica generaría graves perjuicios a la requirente y puede ser reemplazada idóneamente por otra (Peyrano, Jorge W., La pretensión anticautelar, en el boletín de LA LEY, 26/03/2020. Cita Online AR/DOC/326/2020).

Ahora bien, la medida anticautelar no sirve para sustituir o modificar una medida cautelar ya decretada; debe solicitarse antes de que se haya obtenido la cautela y solamente restringe la selección cautelar de la que dispone el titular de un derecho, por lo que no tiene por finalidad neutralizar todas las cautelares posibles, sino solo una en particular.

Las medidas anticautelares no pueden tener por finalidad revertir o neutralizar las decisiones de otros jueces, que actuaron de antemano en un caso en el que se debaten cuestiones vinculadas, con pretensiones contrapuestas a los intereses de quienes solicitan la anticautelar.

En tal sentido, refiriéndose a la prohibición de innovar Peyrano explica que una medida de tal naturaleza "-resultaría conculcatorio del principio de prevención —reiteradamente— invocado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación según el cual cuando un tribunal se ha abocado al conocimiento de un asunto ningún otro puede interferir —de modo directo o indirecto— en el desarrollo y desenlace de aquel (Peyrano, Jorge W., "Sobre los usos equivocados de la prohibición de innovar y de la medida innovativa", en Prohibición de innovar y prohibición de contratar, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 116 y ss. En similar sentido Peyrano cita a Kielmanovich, Arazi, Rojas, Fassi, Yáñez, Enderle, Palacio, Alvarado Velloso y Chiappini).

En dicho sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los Fallos: 233:103, 237:8, 245:8, 247:718 y 249:670.

En la misma directriz, los Dres. Arazi y Rojas consideran que no se puede interferir en otro proceso distinto porque el juez no tiene imperio para imponer tal medida respecto de otro de igual jerarquía, ni debe ordenársela cuando impide el cumplimiento de una sentencia firme. Tampoco se la puede decretar para impedir la iniciación de otro proceso porque ello significaría, asimismo, interferir en los poderes de otro juez" (Arazi, Roland y Rojas, Jorge, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los Códigos provinciales, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, T. 1, p. 740).

IV. Bajo dichos parámetros acudimos a las constancias de las presentes actuaciones y visualizamos que:

a) en el escrito postulatorio la parte actora manifestó:

a.1.- "...A) Verosimilitud del Derecho: Habiendo encontrado publicaciones en medios periodísticos, como ser el caso de las notas publicadas en "http://www.chacopordia.com/2020/10/17/la-justicia.ordeno.suspender-todos-los-permisos-para-desmontes-en-el-chaco/" y "https://www.diariotag.com/noticias/locales/se-suspendieron-todos-los-permisos-dedesmonte-en-la-provincia-por-una-orden", advertimos la posibilidad de existir Medida Judicial..." —fs. 4 vta. *in fine*—;

a.2.- "...Se advierte que una medida judicial dictada con la amplitud y abarcamiento descripto por los medios periodísticos —que de existir aún no ha sido anoticiada a repartición Estatal..." —fs. 5—;

a.3.- "...B) Peligro en la demora:...De acuerdo a lo advertido por los recortes periodísticos, la Medida Judicial dictada..." —fs. 6—;

a.4.- "...D) La existencia de Medida Cautelar Anterior:...resulta menester poner de manifiesto que esta nueva Medida Anticautelar no atentaría contra las medidas adoptadas en los autos caratulados: "Defensor del Pueblo de la Provincia del Chaco c. Subsecretaría de Recursos Naturales del Chaco y/o Poder Ejecutivo de la Provincia del Chaco s/ medida cautelar innovativa", Expte. N° 5763/19, que tramita por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 21..." —fs. 7 vta.—;

a.5.- "...Simplemente se pretende evitar la injerencia de una Medida Judicial de la amplitud expuesta en las noticias periodísticas encontradas..." —fs. 7 vta. *in fine*—.

b) en la constancia de ingreso Expte. surge que la presente medida anticautelar fue presentada por vía digital a la Mesa Receptora Informatizada eligiendo al Juzgado Civil y Comercial N° 6 el 19/10/20 a las 10:10 hs, el que fuera remitido al Tribunal ese mismo día a las 01:01 pm hs. —fs. 1—.

c) en la resolución de fecha 19/10/2020 el juez *a quo* expresó:

c.1.- "...En este quehacer jurisdiccional ponderativo, considero que los recaudos legales para la procedencia de la anticautelar que se pretende en el subexaminis, se hallan configurados por la situación fáctica expuesta por quién pretende la medida incoada, sustentada en la ausencia de notificación formal de las circunstancias fácticas extraídas de las notas publicadas en la web, a las que accedo en este acto..." —fs. 14—;

c.2.- "...En cuanto al presupuesto del peligro en la demora, la parte recurrente alega que ante las difusiones periodísticas, si se utilizara algún medio judicial y/o administrativo y/o recursivo que anule los efectos de permisos y/o autorizaciones de trabajo otorgados por la Subsecretaría de Recursos Naturales,..." —fs. 15 vta.—;

"...Que siendo de público conocimiento las notas periodísticas de las cuales surge información en orden a la posibilidad de efectivizarse medidas que tiendan a afectar la legalidad y plena vigencia en materia forestal (Subsecretaría de Recursos Naturales y/o el Ministerio de la Producción, Industria y Empleo de la Provincia del Chaco y/o repartición estatal competente), y —por lo tanto alteren o restrinjan la ejecución de planes, permisos, guías de tránsito de productos forestales e industriales, o el avance de permisos o autorizaciones otorgadas que se encuentren en ejecución por aplicación de la Ley Provincial 1762-R (antes Ley 6409), Dec. Reg. N° 932/2010 y cctes.; o la interrupción o suspensión..., me inclinan a pronunciarme en sentido afirmativo en relación a la medida anticautelar..." —fs. 15 vta./16—;

c.3.- "...Decretar medida anticautelar contra cualquier resolución judicial y/o de cualquier otra índole que afecte la legalidad y plena vigencia en materia forestal (Subsecretaría de Recursos Naturales y/o el Ministerio de la Producción, Industria y Empleo de la Provincia del Chaco y/o repartición estatal competente)..." —fs. 17—.

V. 1.- Así las cosas, consideramos pertinente acudir a los links de las notas periodísticas mencionadas por la parte actora y a las cuales habría accedido el sentenciante —conforme surge de las constancias extraídas supra— y verificamos que:

a) en el link "http://www.chacopordia.com/2020/10/17/la-justicia.ordeno.suspender-todos-los-permisos-para-desmontes-en-el-chaco/", con el título "La Justicia ordenó suspender todos los permisos para desmontes en el Chaco" la nota inicia diciendo: "Así lo resolvieron, a través de una medida cautelar, las juezas de la Sala Primera de la Cámara en lo Contencioso Administrativa ante una presentación realizada por la organización Conciencia Solidaria...", luego continúa "...Las juezas Natalia Prato y Silvia Varas hicieron lugar a una medida cautelar innovativa y ordenaron a la Subsecretaría de Desarrollo Forestal (dependiente del Ministerio de Producción, Industria y Empleo del Chaco) la inmediata suspensión de todo permiso y/o autorización de aprovechamiento y/o cambios de uso de suelo y desmontes. La medida comprende a todas las categorías de conservación (rojo, amarillo y verde) de la ley N° 1762-R en cualquier estado de ejecución en que se encuentre desde el mes de diciembre de 2014, a excepción de los planes y trabajos de conservación que no impliquen la afectación y/o conversión de los bosques...." ;

b) en el link "https://www.diariotag.com/noticias/locales/se-suspendieron-todos-los-permisos-dedesmonte-en-la-provincia-por-una-orden", la nota se titula "Se suspendieron todos los permisos de desmonte en la provincia por una orden judicial" y en la misma dice: "...La Sala Primera de la Cámara en lo Contencioso Administrativa del Chaco hizo lugar a una medida cautelar innovativa presentada por la asociación civil Conciencia Solidaria que ordena la suspensión de todos los permisos de aprovechamiento y/o cambio de uso de suelo. El fallo ordena a la Subsecretaría de Desarrollo Forestal, Subsecretaría de Recursos Naturales del Chaco y al Ministerio de Producción, Industria y Empleo del Chaco "la inmediata suspensión de todo permiso y/o autorización de aprovechamiento y/o cambios de uso de suelo, desmonte". Cabe destacar que en los últimos meses se han registrado distintas manifestaciones contra los desmontes. Diario TAG pudo acceder al documento que lleva las firmas de las juezas Natalia Prato y Silvia Varas que abarca a las categorías de conservación rojo, amarillo y verde. A excepción de planes y trabajos de conservación que no impliquen la afectación y/o conversión de los bosques...".

2.- Asimismo, al acceder a los mencionados links, el buscador indica otros referentes a la misma noticia, como por ejemplo la brindada por Diario Chaco.com donde no solo indica que la Sala Primera de la Cámara Contencioso Administrativo dictó una medida cautelar sino que además transcribe la parte resolutiva de la sentencia —http://www.diariochaco.com/noticia/la-justicia-suspendio-todos-los-permisos-de-desmontes-en-chaco—.

3.- Con esos datos, es lógico suponer que se dictó una medida cautelar por la citada Sala y en su caso de considerar que la petición requiere expedirse en forma urgente, se puede verificar acudiendo a la lista de despacho de la página oficial del Poder Judicial de la Provincia del Chaco de la que surge que en la lista

de despacho de fecha 19/10/2020 es el primer expediente publicado —conteniendo carátula, número y el fallo en su totalidad—.

Cabe dejar aclarado que dicha lista se encontraba publicada el día 16/10/2020 en horario vespertino.

4.- De la lectura de las notas periodísticas y de la resolución dictada por la Sala Primera de la Cámara Contenciosa Administrativa, se colige que refiere a las cuestiones ventiladas en estos actuados.

Si bien no surge que hubiera sido notificada al Estado Provincial, cabe destacar que las medidas anticautelares deben plantearse antes de que otro juez entienda en la medida cautelar que se pretende evitar; y, más aún, antes de que la medida haya sido dictada.

Es decir, que el fundamento dado para la procedencia de la medida anticautelar —por la actora como por el juez de grado— carece de razonabilidad.

Pero además, la actora puso en conocimiento del sentenciante que existía otra cautelar dictada tramitándose ante el Juzgado Civil y Comercial N° 21 y si bien sostuvo la parte que el dictado de la medida anticautelar no afectaba a la misma, no surge que se haya comprobado ello.

Dichas actuaciones —a la fecha del dictado de la medida anticautelar— contaba con sentencia de la sala IV de esta Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, confirmando la medida cautelar decretada, en la que se ordenó a la Subsecretaría de Recursos Naturales y/o Poder Ejecutivo de la Provincia del Chaco, la suspensión de los permisos y/o autorizaciones otorgados a la fecha para desmontes en la "zona amarilla", categoría II, en escala predial. (Expte. N° 5763/19-1-C, Sent. N° 543 de fecha 27/11/2019, Dres. Derewicki y Heñin, extraído de Consulta en Línea de la página oficial del Poder Judicial de la Provincia del Chaco). Y a la fecha de la presente cuenta con sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia desestimando el recurso de inconstitucionalidad incoado por la demandada —Estado Provincial— (Expte. N° 5763/19-SCA, Sent. N° 221 de fecha 06/11/2020, Dres. Modi, Grillo, Toledo y Valle —extraído de la lista de despachos de la página oficial).

5.- Así las cosas, encontramos que al 19/10/2020 —fecha de interposición y dictado de la medida anticautelar—, se encontraba dictada una medida cautelar confirmada que suspendía los permisos y/o autorizaciones otorgadas para desmontes en la "zona amarilla", categoría II, la que era de conocimiento de la parte actora (Expte. N° 5763/19) y además con el dictado de otra medida cautelar que suspendía los trámites de permisos de cambios de uso de suelo y permisos de desmonte en cualquiera de las categorías establecidas en la Ley provincial N° 1762-R (Expte. N° 11.345/20), la que no habría sido notificada pero era de público y notorio conocimiento.

Ante ello, entendemos que no podría haberse despachado favorablemente la medida anticautelar peticionada, toda vez que estamos frente a un valladar objetivo —la existencia de medidas cautelares dictadas sobre las mismas situaciones fácticas—.

Es de resaltar que la Fiscalía de Estado cuenta con las herramientas procesales pertinentes para el caso que entendiere que no son ajustadas a derecho dichas decisiones; de lo contrario se provocaría una violación al procedimiento legalmente previsto para la revisión de las decisiones judiciales.

Cabe traer a colación el voto de la Dra. Grillo en los autos caratulados: "Ministerio de Gobierno, Justicia y Relación con la Comunidad s/ convocatoria elecciones generales-Dto. N° 1843/19 y modif. Dto. N° 2518/19 s/ recurso extraordinario", Expte. N° 20/19-1-E: "... Me detengo sobre este punto para referirme a la improcedencia del dictado de anticautelares cuando ya existe otra resolución judicial que rige sobre la misma situación, como ha sucedido en el caso. Esto es así debido a que el instituto ha sido concedido para reglar hacia el futuro, a modo de "escudo" ante eventuales medidas que pudieran dictarse con posterioridad; el solo hecho de que haya existido una medida dictada con anterioridad imposibilita conceptualmente la utilización de este instituto. Con mayor razón cuando la decisión de la Cámara Contencioso Administrativa había tomado estado público por lo que no podía alegarse su desconocimiento. De permitirse la utilización de este tipo de medidas en situaciones como las presentes se provocaría una violación al procedimiento legalmente previsto para la revisión de las decisiones judiciales, que en lugar de seguir el carril normal de apelación permitiría acudir a un nuevo juez para revocar la decisión desfavorable en detrimento de la garantía del juez natural y el debido proceso (art. 18 Constitución Nacional, arts. 8 y 25 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 20 Constitución Provincial). La Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas oportunidades señaló que "el dictado de medidas cautelares no puede interferir en el cumplimiento de pronunciamientos judiciales, ni ser empleado para impedir u obstaculizar el derecho de índole constitucional de ocurrir a la justicia para hacer valer los derechos que las partes interesadas consideran tener" (Fallos: 319:1325). Asimismo, indicó que "no corresponde, por la vía que se pretende interferir en procesos judiciales ya existentes" (Fallos: 327:4773). Traduciéndose así, la solicitud a otro juez para que suspenda o innove con relación a los actos cumplidos o dictado por otro magistrado,

competente para el asunto, en una sustracción de la causa del juez natural, con violación del orden público y la consecuente garantía constitucional del art. 18 (Midón, Marcelo, Abuso anticautelar. Reflexiones sobre la medida que, emanada de juez antinatural, pretendió enervar los efectos de otra anterior, dictada por un tribunal competente y de grado superior). En idéntico sentido se ha dicho, en cuanto a la admisibilidad de la medida anticautelar que "presupone que su destinatario no ha peticionado todavía en sede judicial la traba de la precautoria aflictiva del caso, pues el principio de prevención impediría a otro juez interferir en la cuestión, directa o indirectamente" (Fernández Balbis, Amalia, El despuntar de las medidas anticautelares, LA LEY, 30/12/2014, 1)..." (Sent. N° 281/19 de fecha 02/09/19, Dres. Modi, Valle, Toledo y Grillo).

Corolario de lo expuesto, consideramos improcedente el dictado de la medida anticautelar peticionada y nos exime de considerar los demás agravios esgrimidos por la Asociación Civil.

En consecuencia corresponde admitir la apelación deducida y revocar la sentencia de primera instancia, obrante a fs. 10/17 y vta.

VI. Costas y honorarios de alzada: Las costas de Alzada se imponen a la parte apelada (art. 83 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

La regulación de honorarios de los profesionales intervinientes se efectúa de acuerdo a los arts. 4, 6, 11 y 25 de la ley 288-C de aranceles vigente, tomándose como base dos veces el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente, lo que resulta en los siguientes montos consignados en la parte resolutiva. Sin emolumentos para los profesionales intervinientes por la Provincia del Chaco, en virtud del modo de la condena, la relación que los une con sus representantes, lo dispuesto por el art. 3 de la ley 457 C (antes art. 2 bis, ley 2868)— y art. 42 de la ley 288 C (antes ley 2011).

Por los fundamentos expuestos, la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial resuelve: I. Revocar la sentencia de primera instancia, obrante a fs. 10/17 y vta., por los fundamentos expuestos en los considerandos. II. Imponer las costas de Alzada a la parte apelada (art. 83 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regular los honorarios profesionales del Dr. Pablo Martín Fernandéz Barrios en la suma de pesos ... ($ ...) en el carácter de patrocinante y a la Dra. Nora B. Giménez en la suma de pesos ... ($ ...) en el carácter de apoderada. Todo con más IVA si correspondiere. Notifíquese a Caja Forense y cúmplase con los aportes de ley. No se regulan honorarios para los profesionales intervinientes por la Provincia del Chaco, en virtud del modo de la condena, la relación que los une con sus representantes, lo dispuesto por el art. 3 de la ley 457 C (antes art. 2 bis, ley 2868)— y art. 42 de la ley 288 C (antes ley 2011). III. Regístrese, protocolícese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen. — *Eloisa A. Barreto.* — *Wilma S. Martínez.*

El triste derrotero de una antisentencia ambiental

Leonardo Villafañe (*)

Sumario: I. El origen del problema.— II. Los "fallos" del fallo de primera instancia.— III. Final de la historia: la restauración del orden.— IV. Palabras finales.

I. El origen del problema

Motiva las presentes líneas un hecho jurídico-judicial desconcertante que se dio en la provincia del Chaco en el mes de octubre del año 2020 y tuvo su reacción final con una resolución de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Resistencia en fecha 1º de febrero del corriente año.

Se trataba del despacho favorable a una anticautelar que buscaba evitar las suspensiones de los permisos y autorizaciones de desmonte que oportunamente se habían otorgado por el estado provincial en autos expte. 7706/2020 "Fiscalía de Estado de la provincia del Chaco s/ medida cautelar" tramitado ante el Juzgado Nº 6 de Resistencia a cargo del juez Jorge Madlen Sinkovich **(1)**.

El magistrado en su resolución nunca se posiciona desde la perspectiva ambiental. Desde un análisis utilitarista y económico el juez dispone la plena ejecución de los desmontes y, además, los "protege" contra cualquier injerencia judicial. Esto explica suficientemente el título de este artículo.

En el párrafo pertinente de su parte resolutiva expresamente dice: "Por las motivaciones y fundamentos expuestos, resuelvo: decretar medida anticautelar contra cualquier resolución judicial y/o de cualquier otra índole que afecte la legalidad y plena vigencia en materia forestal (Subsecretaría de Recursos Naturales y/o el Ministerio de la Producción, Industria y Empleo de la Provincia del Chaco y/o repartición estatal competente); que alteren o restrinjan la ejecución de planes, permisos, guías de tránsito de productos forestales e industriales, o el avance de permisos o autorizaciones otorgadas que se encuentren en ejecución por aplicación de la ley provincial 1762-R (antes ley 6409), dec. reg. Nº 932/10 y cctes.; o que produzcan la interrupción o suspensión de la producción y la industria forestal, como así también, el transporte de la producción forestal primaria e industrial, el desarrollo de las actividades de los trabajadores forestales, empresas, acopios, playas de carga, o cualquier actividad derivada, resguardando la tutela judicial efectiva tanto de los habitantes de la Provincia del Chaco como del Estado provincial —como sujeto de derechos—, y sus derechos de orden constitucional y aquellos resguardados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos".

Consideramos a la presente como la *antisentencia ambiental*, pues, justamente bajo el disfraz de un instituto absolutamente polémico, efectúa un blindaje sobre una industria que debe ser exhaustivamente controlada en forma habitual para evitar abusos y situaciones de daño ambiental, sobre todo en zonas de bosques nativos. Lo decimos muy claramente: *no debe ser prohibida sino controlada y regulada* por el alto impacto ambiental que es capaz de

(*) Doctor en Derecho (UCSF); mag. adm. de Justicia (Sapienza); secretario del Consejo de la Magistratura de Misiones.

(1) JCiv. y Com. Nº 6 de Resistencia, 19/10/2020, "Fiscalía de Estado de la Provincia del Chaco s/ medida cautelar", AR/JUR/49457/2020.

producir, pero en rigor, la actividad forestal bien ejercida es beneficiosa para el ambiente.

La medida anticautelar sería algo así como una "medida en consignación judicial", ya que implica el hecho de que un sujeto que se encuentra en situación de mora (vulnerabilidad cautelar) ofrece ciertos bienes para cubrir la posible o futura medida a solicitar por el acreedor, y de esa forma, evita que la resolución recaiga sobre otros bienes "sensibles". Además, considera implícitamente que la traba de la medida sobre estos últimos bienes sería un "abuso de derecho".

El sector de la academia que promueve las anticautelares entiende que deben ceñirse a cuestiones patrimoniales. Parece un límite lógico que procura lograr mayor aceptación para su puesta en práctica en forma más pacífica y asidua.

Nosotros tenemos una mirada *crítica* de esta estrategia procesal por cuanto creemos que parte de un supuesto falso: presume un abuso de derecho en el futuro dictado de cautelares por la sola posibilidad del planteamiento de la medida por parte del acreedor. Para ello se asume como un hecho que los jueces al evaluar la procedencia de una medida cautelar van a caer en una "trampa" del acreedor que busca dañar al demandado. No compartimos esta generalización *a priori* que hacen dichos autores.

La gran mayoría de las cautelares que se dictan en los procesos judiciales y que recaen sobre bienes se efectúan en situaciones de mora o verosímil condición de "vulnerabilidad cautelar", pues habitualmente ello surge de la combinación del peligro en la demora y la verosimilitud del derecho. Del análisis de los presupuestos de admisibilidad surgirá la medida adecuada, y de los fundamentos brindados en la resolución que las despacha, su razonabilidad. La *vulnerabilidad cautelar* no constituye un fundamento suficiente para *blindar bienes* y *limitar decisiones judiciales*.

Es cierto que el Dr. Peyrano señala que no se trata de proscribir la traba de cautelares, pero en los hechos no logramos diferenciar cuál sería el fundamento que permite clasificar y distinguir las medidas que no se podrían trabar de las que sí estarían autorizadas; pues los requisitos exigidos son generales y en todos los casos se podría alegar grave perjuicio para el cautelado **(2)**.

Creemos que estas medidas responden a una lógica de "pegar primero" (concepto pugilístico), beneficiando siempre a quien está en mora. Esto no es una cuestión menor: genera una situación gravosa adicional para el acreedor de buena fe. No analiza el perjuicio para este último, no evalúa que el abuso provenga de la medida anticautelar. En definitiva, creemos que agrava mucho la situación del "anticautelado" **(3)**.

Además, cabe recordar que la anticautelar, en rigor, no es una cautelar. Tal como está planteado resulta un proceso autónomo autosatisfactivo con la finalidad de proscribir una medida accesoria dentro de otro proceso autónomo.

Pensamos que este instituto creado doctrinariamente restringe infundadamente una atribución legal de los magistrados y que parte de la idea de que el sistema cautelar es ineficiente y es permeable al abuso procesal, ya que los jueces pueden caer en ciertas "trampas" de los peticionantes.

La existencia de medidas anticautelares generaliza una supuesta ineficacia del sistema cautelar, pues este no estaría en condiciones fácticas de corregir el aparente abuso (una cautelar exce-

(2) "Lo que denominamos medida anticautelar no apunta en modo alguno a proscribir la traba de cualquier diligencia cautelar —lo que sería claramente inconstitucional— sino tan sólo a proscribir un ejercicio abusivo y excesivo de la potestad cautelar; circunscribiéndose a vedar que se concrete una medida cautelar en particular (una inhibición, por ejemplo) o la traba de una precautoria en relación de determinados bienes (embargos sobre las cuentas de una entidad aseguradora), cuando la realización de lo vedado importaría un grave perjuicio para el cautelado por afectar el giro de sus negocios y poder ser reemplazado idóneamente por otra cautelar. Si bien se mira y para simplificar las cosas, se trataría de una suerte de sustitución cautelar anticipada" (PEYRANO, Jorge W., "Lo anticautelar", LA LEY del 21/11/2013, p. 1; LA LEY 2013-F-1180; AR/DOC/4295/2013).

(3) Pensemos y reflexionemos sobre el impacto social y económico que puede tener la generalización de un instituto como las anticautelares en la obtención de créditos y en las garantías que se solicitan, así como en el giro habitual de los negocios en general.

siva o mal despachada), aun cuando las mismas revisten el carácter de *provisorias, sustituibles y mutables*. Para la doctrina que promueve anticautelares se cometerían menos abusos con una autosatisfactiva (resolución definitiva) que con una cautelar (provisoria, reversible y mutable).

Nuestra postura, en definitiva, es contraria a la implementación generalizada de este instituto por las razones expuestas y porque consideramos que "sospechar en abstracto" del sistema cautelar es aportar fragilidad y suspicacia que puede llegar a ser mal utilizada, tal como sucedió en el Chaco en la sentencia que comentamos.

Sin perjuicio de lo expresado hasta aquí hay además una situación que hace más gravosa la situación jurídica de la (anti) sentencia: ya existían cautelares trabadas y vigentes sobre el mismo objeto al momento de su dictado. En la resolución de la Cámara de Apelaciones de Resistencia que comentaremos más abajo se hará expresa referencia a ello.

Se habían despachado cautelares sobre el mismo objeto y con la misma finalidad en la causa "Defensor del Pueblo de la provincia del Chaco c. Subsecretaría de Recursos Naturales del Chaco y/o Poder Ejecutivo de la provincia del Chaco s/ medida cautelar innovativa", expte. 5763/19-1-C del Juzgado Civil y Comercial Nº 21 de Resistencia que llega a la Alzada y obtiene confirmación de la sala IV. Con los votos de los Dres. Fernando Heñin y Gabriel Derewicki; así como también en la causa "C. s/ medida cautelar" (expte. 11345/20) de fecha 16/10/2020 donde la sala I de la Cámara Contenciosa Administrativa con votos de las Dras. Natalia Prato y Silvia Varas se suspenden todos los permisos y/o autorizaciones de aprovechamientos y/o cambios de uso del suelo sobre bosques.

II. Los "fallos" del fallo de primera instancia

Si bien lo que disparó nuestras alarmas fue la omisión absoluta y total de los principios y valores del paradigma ambiental en la resolución comentada, también es cierto que incurre en errores formales que —al final de su derrotero— la llevaron a su revocación.

La resolución (que denominamos antisentencia ambiental) menciona dogmáticamente la situación de vulnerabilidad cautelar (requisito para anticautelar) pero no fundamenta las razones por las cuales la actividad forestal estaría amenazada o en situación de ser "cautelada" en forma apremiante de tal manera que se encuentre en riesgo.

El juez refiere a que la situación de vulnerabilidad cautelar "ocupa el lugar de la urgencia, propia de toda autosatisfactiva", lo que no puede resultar admisible así sin más, ya que refiere a una situación muy relativa que requiere de una comprobación más concreta y probada casi con niveles de certeza y no solo fundadas en publicaciones periodísticas.

Pero aún si suponemos la acreditación de *cierta urgencia,* el magistrado —luego— mezcla autosatisfactivas con cautelares y desarrolla fundamentos en relación con los requisitos de *verosimilitud del derecho* y *peligro en la demora*. Lo dijimos más arriba: la anticautelar implica un proceso autónomo autosatisfactivo y los requisitos de procedencia resultan diferentes.

Allí es donde se nos dificulta admitir medidas autosatisfactivas contra cautelares porque para que se puedan despachar válidamente se exige al menos que "sea necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, *contrarias a derecho* según la legislación de fondo o procesal y siempre que *no exista otra vía procesal* para tutelar el derecho" **(4)**.

El fallo adolece principalmente de un error de aplicación en las pautas de interpretación, es decir, en la ponderación de los valores en juego.

Conforme la Ley General del Ambiente 25.675 en su art. 4º se prevé expresamente: "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...", entre los cuales destacamos los de congruencia, prevención, precaución, sustentabilidad, cooperación e integración; todos los cuales han sido omitidos en la consideración del magistrado que procede a blindar la actividad priorizando

(4) Conf. art. 636 Cód. Proc. Civ. y Com. FyVF de Misiones. t.o. ley XII-27. El destacado nos pertenece.

su aspecto exclusivamente económico prescindiendo de toda otra perspectiva.

El derecho ambiental supone la plena vigencia de su paradigma que para nada resulta neutral y exige una aplicación basada en valores que resultan orientadores de la decisión judicial. No es jurídicamente plausible, en un estado socioambiental de derecho, una decisión que priorice los aspectos económicos prescindiendo de la perspectiva de la sustentabilidad **(5)**.

La ausencia de un análisis pormenorizado de la posibilidad de un daño ambiental en un caso de autorizaciones de desmontes posee tanta fuerza que nos autoriza a tener por *carente de motivación lógica* a la pieza jurídica que estamos comentando. No haber evaluado la ocurrencia de un daño ambiental a partir de su decisión omitiendo considerar los principios preventivo y precautorio, implica desentenderse de las consecuencias del acto. Insertar en la realidad esa resolución, con esa mirada exclusivamente economicista, puede constituir un precedente nefasto y con derivaciones irreversibles.

Es oportuno recordar al Dr. Enrique Muller cuando dijo: "cuando estamos ante daños ecológicos o aquellos otros que comprometen la salud pública, no puede pensarse en ese clásico Derecho de la responsabilidad civil con funciones resarcitorias, debemos proponer una apertura hacia tutelas preventivas y precautorias; ya nadie duda de que el Derecho debe ser polifuncional; incluso, entre estas dos últimas lógicas de actuación (que pueden compartir una intervención anticipada), cuando ya no se está siempre ante riesgos ciertos o previsibles, la tutela preventiva se revela insuficiente en las citadas hipótesis de perjuicios colectivos cada vez más frecuentes. En este estado de las cosas, el Derecho en su nueva versión debe inscribirse como una de las herramientas de gestión de esos riesgos que afectan bienes colectivos y demandan, por ello, nuevos principios como la precaución... la aplicación de aquel paradigma debe conducir a la ruptura de barreras, a la incorporación de reformas prácticas, teóricas e institucionales (...). Los jueces debemos abandonar el papel pasivo y tomar una actitud activa, con amplias facultades, flexibilizando las rígidas estructuras clásicas del procedimiento civil. Debemos disponer medidas preventivas, eficaces, en orden a proteger el bien común" **(6)**.

También omite un precedente esencial en materia de autorizaciones de desmonte de bosques como es el conocido caso "Salas" **(7)** de la CS y la extensión del principio precautorio a todos los funcionarios y en especial aplicable a la actividad forestal, aun cuando existan autorizaciones administrativas, efectuando el pleno ejercicio del principio *in dubio pro natura*.

La toma de decisiones que respeten el principio *pro natura* no deja de ser componente del plexo de convencionalidad estructurados a partir del criterio hermenéutico *pro homine,* e incluye también el principio de *no regresión* en materia de derechos humanos (lo que contiene el relativo a un ambiente sano). Está más que claro que vedar la chance de planteos cautelares por razones vinculadas al ambiente resulta entonces inconstitucional e inconvencional.

---

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

(6) MULLER, Enrique C., "El perfil del juez ambiental. Sus facultades. La cuestión ambiental y el nuevo rol de la Iudicatura", RC D 684/2013, RDD 2011-1, "Daño ambiental".

(7) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo", S.1144.XLIV, AR/JUR/1838/2009: "El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiestan. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios. La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo, de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras". 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 de mención, hasta tanto se efectúe un estudio de impacto acumulativo de dichos procesos".

El profesor Peña Chacón dice: "A raíz del principio precautorio e *in dubio pro natura*, el Estado debe adoptar acciones anticipadas, necesarias para proteger y conservar el ambiente y la salud de las personas, cuando exista riesgo de afectación para aquellos, teniendo consecuencias en materia procesal en relación a la adopción de *medidas cautelares*, así como en la carga de la prueba" **(8)**.

En la causa "Majul, Julio c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano" expresamente se dijo: "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 estos" **(9)**.

La antisentencia comentada prescinde absolutamente de la consideración ambiental, es contraria a un estado socioambiental de derecho y controvierte las pautas del desarrollo sostenible.

La evolución de los derechos humanos —y su garantía del principio de no regresión— nos indican que vivimos un *estado ambiental de derecho* como lo dijo la Corte Suprema en el fallo referente a las represas de Santa Cruz: "Estamos en nuestro caso ante las puertas de lo que es un Estado ambiental de derecho. 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" **(10)**. El Estado social agrega a sus principios y pautas la mirada ambiental como sustento vital para su existencia como tal. Evoluciona hacia el estado de derecho ambiental. Implica la plena vigencia del paradigma ambiental.

En este contexto el juez no puede omitir la perspectiva ambiental en sus consideraciones respecto de los derechos que presume proteger. Se trata de una medida parcial, sesgada e incompleta. Menos aún podría válidamente tachar de inadmisible un planteo cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de incidencia colectiva.

Una decisión judicial que proscriba el dictado de medidas cautelares, en particular, las ambientales es contraria al orden público ambiental. Para Cafferatta la tesitura del orden público ambiental consiste en "la preservación del equilibrio ecológico, el deber de la autoridad administrativa de preservarlos y también de los integrantes del Ministerio Público de velar por él, aun respecto de actos de la autoridad sea administrativa o judicial" **(11)**.

Por ello es que consideramos a la resolución judicial como una "antisentencia ambiental", ya que prescinde de la preocupación permanente de los magistrados de arribar a soluciones que busquen *compatibilizar* los derechos individuales con los colectivos, sin *restringir* en exceso los primeros, pero atendiendo a la *eficaz* protección de los últimos.

Las decisiones judiciales deberán orientarse, particular y fundamentalmente, hacia la concreción del principio de tutela judicial efectiva, lo que entendemos constituyente de un verdadero proceso justo. Implica entonces el real y amplio

(8) PEÑA CHACÓN, Mario, "Aplicación de la regla de la norma más favorable en el derecho ambiental", Proyecto de Investigación: "Las clínicas del Derecho Ambiental y Gestión de Riesgos Climáticos a través de una cultura jurídica de la sostenibilidad y no regresión" inscrito ante la Vicerrectoría de Investigación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica bajo el código 722-B3-193. El destacado nos pertenece.

(9) CS, 11/07/2019, "Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental", 0.162083, cita online AR/JUR/22384/2019.

(10) CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otros s/ amparo ambiental", Fallos 339:515, cita online AR/JUR/16743/2016.

(11) CAFFERATTA, Néstor, "Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación*", Sup. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Com.* 2014 (nov.), 17/11/2014, p. 273; AR/DOC/3833/2014.

acceso a la jurisdicción, con preeminencia de lo sustancial por sobre lo formal, el derecho a obtener en tiempo oportuno una resolución fundada que respete el derecho sustancial. Esto es, a nuestro parecer, el norte de toda actividad procesal constitucional judicial.

III. Final de la historia: la restauración del orden

El primero de febrero de 2021 la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia Chaco ha repuesto el orden constitucional revocando la *antisentencia* y dejando sin efecto la anticautelar dictada contrariando principios ambientales superiores **(12)**.

Hay muchas notas del fallo revocatorio de la Cámara que nos dejan muy satisfechos, como por caso el breve tiempo en el que resuelve la cuestión suscitada; pero también hay algunos aspectos que dan la sensación de haberse quedado a mitad de camino.

Podríamos resumir lo dispuesto en el fallo de la Cámara de la siguiente manera: existiendo cautelares vigentes dictadas con anterioridad sobre el mismo objeto e incluso entre los mismos sujetos (identidad) no puede prosperar la anticautelar dictada.

Este solo argumento le alcanzó a la sala para dar por tierra con la anticautelar y claramente resulta razonable, ya que la antisentencia era muy frágil desde cualquier perspectiva; pero justamente eso fue lo que nos privó de algunas consideraciones que hubiéramos preferido que se hagan.

Más allá de nuestra posición respecto de las anticautelares nos hubiera gustado que la Cámara se hubiera manifestado sobre la improcedencia de estas medidas en la materia ambiental. Dejar en claro que dicho instituto creado doctrinariamente no pueda aplicarse a casos ambientales hubiera sido un sólido mojón para la jurisprudencia.

Fijar dicha posición serviría para restringirles el camino a aquellos *promotores jurídicos* que pretenden evadirse de los objetivos ambientales y de desarrollo sustentable para proteger y fomentar finalidades exclusivamente de lucro económico, desentendiéndose así de los resultados catastróficos que dicha postura implica.

Decimos que queda a mitad de camino por cuanto deja expuesta la posibilidad de interpretar que sería válido que un juez de primera instancia hubiera dicte una anticautelar en la medida de que no exista una cautelar vigente previa. Esto supone que, respetando el requisito formal de la oportunidad de la medida, se puede blindar una actividad y una serie de actos administrativos del análisis valorativo ambiental.

Al no poder extender el fallo de Cámara a otras situaciones se deja la puerta abierta a que algún operador que necesite blindar permisos de extracción solamente se preocupe por *afinar la estrategia* y solicitar tempranamente la anticautelar.

Desde "Saladeristas de Barracas" (Fallos 51:274) se vienen desterrando argumentos como los expuestos en la antisentencia que operaban confabulados con una anticautelar.

El fallo restaura el orden en cuanto al resultado obtenido, pero creemos que se perdió la chance de reforzar las pautas vinculadas a las decisiones judiciales cuando se tratan de conflictos colectivos ambientales.

IV. Palabras finales

El grado de desarrollo del derecho ambiental argentino no podía admitir una sentencia como la que comentamos, pues contraría todo lo expuesto hasta hoy en la materia. El argumento de derechos adquiridos para obviar el control judicial de afectación de derechos de incidencia colectiva resulta, en estos tiempos, absurdo.

A modo de homenaje y para terminar vamos a citar palabras del Dr. Néstor Cafferatta en la *Revista de Derecho Ambiental* nro. 0 de noviembre de 2004 que resultan muy pertinentes para poner en perspectiva el *retroceso* que significaba la argumentación y la ponderación de valores que efectuó el juez de la *antisentencia*: "El derecho ambiental es un derecho esencialmente 'preventor': en general actúa de inmediato, con

(12) El fallo no se encuentra publicado en sitios de internet.

urgencia, sobre las fuentes; todas las soluciones ambientales adecuadas, tienden a obrar tempranamente, mediante medidas de evitación, y resguardo del bien jurídico tutelado, medio ambiente, siendo campo fértil para la adopción de diversos remedios, que se inscriben en los mecanismos de tutela anticipada, inhibitoria cautelar y definitiva, procesos precoces, procedimientos *ex ante*, inspirados en tipos de tutela diferenciadas, privilegiadas y fortalecidas" **(13)**.

(13) CAFFERATTA, Néstor A., "El principio de prevención en el derecho ambiental", *Revista de Derecho Ambiental,* nro. 0, nov. de 2004, p. 48.

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

La minería urbana

Un análisis desde el ordenamiento jurídico en Cuba. Una apuesta al desarrollo sostenible desde la economía circular

Alcides F. Antúnez Sánchez (*)

Ilianys Matos Guerra (**)

Sumario: I. Proemio.— II. La minería urbana. Origen, concepto y desarrollo.— III. El derecho ambiental y la minería urbana en el contexto del principio del desarrollo sostenible en pos de avanzar a la economía circular.— IV. La actividad minera en Cuba. Regulación y desarrollo en el ordenamiento jurídico.— V. Epílogo.

I. Proemio

Desde los inicios de la Revolución industrial, se aprecia cómo las prácticas y los avances tecnológicos han impactado en los hábitos de consumo y producción del hombre como ser social, pero también en el medio ambiente de una manera sin precedentes, afectándolo de manera negativa. Actualmente, el problema ambiental ha derivado en lo que se conoce desde la palestra internacional como desarrollo sostenible desde el pasado siglo XX, donde se propone que los sistemas sociales y ambientales tengan la misma importancia que los sistemas económicos, provocando un cambio de paradigma que invita a analizar las formas de gestión en cómo las economías pueden producir y consumir bienes y servicios amigables con el ambiente, lo que les permitirá ser más competitivas.

En consecuencia, se valora cómo el desplazamiento forzado por los desastres naturales, el cambio climático, el agotamiento acelerado de los recursos naturales, la pérdida de la biodiversidad, la contaminación ambiental son algunos de los grandes retos a los que se encuentra enfrentada la humanidad en la actualidad desde el punto de vista ambiental, al decir desde sus estudios por Leff **(1)**.

Desde la perspectiva jurídica, sobre la extracción de recursos naturales es posible hablar de una crisis del derecho ambiental y dentro de este el derecho minero, a través de la flexibilización de la normatividad jurídica. Para ello, se analiza cómo la crisis ambiental se representa en normas que, contrariamente a los mandatos constitucionales y legales de protección del ambiente, se reproducen progresivamente hacia el deterioro ambiental, a la extracción de minerales e hidrocarburos y a la vulneración de los derechos humanos de comunidades urbanas, rurales y de grupos originarios.

(*) Magíster en Asesoría Jurídica con mención en Derecho Administrativo Ambiental por la Universidad de Oriente. Profesor auxiliar de Derecho Ambiental e Internacional. Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma, República de Cuba.

(**) Licenciada en Derecho por la Universidad de Granma; asesora jurídica de la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Granma Cuba.

(1) Véase, LEFF, Enrique *et al.,* "Las ciencias sociales y la formación ambiental a nivel universitario en América Latina", Ed. UNESCO, México, 1991; LEFF, Enrique, "Discursos sustentables", Ed. Siglo XXI, México, 2008.

Hace ya más de 30 años desde el pasado siglo XX, se acuñó una expresión que representaría una revolución en el mundo, al menos desde una dimensión teórica, en la conciencia de la sociedad del momento, en la protección jurídico-política al medio ambiente y en las bases del sistema socio-económico mundial, conocido como *el desarrollo sostenible*. La esencia que propone es buscar un adecuado equilibrio entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente, de tal forma que, como se explica en el citado informe, se satisfagan las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades **(2)**.

Uno de los últimos pasos de esta evolución en la protección del ambiente es lo que hoy se le conoce como economía circular (EC), como el método que busca no solo una producción sostenible, sino un consumo responsable, que a criterio de los autores está vinculada con la empresa responsable. Como respuesta a este progreso, una nueva economía ecológicamente racional, ecoeficiente e inclusiva, la cual actúa sobre las causas fundamentales de los desequilibrios; es pertinente significar sobre las actuales pautas económicas no solo de producción y consumo, denominada "economía verde", ha constituido un eje fundamental en la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de 2012 (Cumbre de Río +20) tal como ha quedado plasmado en su documento denominado "El futuro que queremos" **(3)**.

Se procedió, para abordar el tema, a partir de la revisión de la literatura científica, sustentada en dos criterios, el primero por temas como se desarrolla y el segundo de lo general a lo particular; se revisó la bibliografía jurídica especializada en materia de Derecho Constitucional, Administrativo y Ambiental. Dentro de ello, la minería urbana, la economía circular, el régimen de concesiones de recursos naturales por la multidisciplinariedad y transdisciplinariedad del tema.

II. La minería urbana. Origen, concepto y desarrollo

En el siglo XX, la constante innovación tecnológica y la cultura de consumismo hacen que las personas cada vez más quieran sustituir los aparatos eléctricos y electrónicos que utilizan por otros más avanzados, lo cual genera que cada año la basura electrónica se incremente. El reciclado de los residuos de los aparatos eléctricos y electrónicos, o como se le denomina "minería urbana", se aprecia que en el siglo XXI para los países tiene un doble impacto positivo, su uso está demostrado toda vez que permite recuperar metales o materiales que son cada vez más escasos y cuya obtención es de relevante importancia. La mayoría de los productos electrónicos están hechos por sus fabricantes a partir de recursos valiosos, como los metales preciosos, plásticos y el vidrio. Muchos requieren energía desarrollada y los recursos de fabricar. Sin embargo, cuando los equipos electrónicos se destruyen, todos estos materiales valiosos también se descartan. En última instancia, generan más contaminación, ya que requiere que todos los nuevos recursos se utilicen para la fabricación de nuevos productos electrónicos.

Gómez desde su postura valora que "la minería urbana del término acuñado en los últimos años como *Urban Mining* (UM) como todas las actividades y procesos relacionados con la recuperación de compuestos, energía y elementos de productos, edificios y residuos generados a partir de ciclos urbanos" **(4)**.

Cuando se habla de la minería, se pondera el aprovechamiento de todos los minerales e incluso los hidrocarburos a través de un conjunto de etapas, es decir, la minería es el proceso de explotación integrado que va desde la búsqueda

(2) Consúltese, PIÑAR MAÑAS, José Luis, "El desarrollo sostenible como principio jurídico", Ed. Estudios de Derecho Público Económico, Madrid, 2003, ps. 185-204; JUSTE RUÍZ, José, "El desarrollo sostenible y los derechos humanos, Protección internacional de los derechos humanos: nuevos desafíos", Ed. Porrúa, México, 2005, p. 333; PIERRI, Naína, "Historia del concepto desarrollo sustentable. ¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable", Ed. Cámara de Diputados México, 2005, ps. 27-81.

(3) BRUNDTLAND, G., "Informe Nuestro futuro Común", Ed. ONU, 1987.

(4) GÓMEZ, José Luis, "Minería urbana: recuperación de metales y elementos estratégicos de ciclos urbanos", tesis de grado Ingeniero Industrial, Ed. Universidad de Barcelona, España, 2018.

de las sustancias mineras hasta su venta como materia prima al consumidor final.

Se demuestra en este sentido que a través de la minería urbana se genera un alto impacto ambiental y social, y al mismo tiempo se frena el impacto que estos residuos agresivos generan en el ambiente al degradarse en los basureros o rellenos sanitarios, contaminando con ello las fuentes de agua, los suelos y el aire. Por consiguiente, se justiprecia cómo la actividad de la minería urbana requiere de un conocimiento adecuado acerca del proceso metabólico de los materiales dentro de los sistemas urbanos para poder planificar en el tiempo y el espacio de su momento de salida, potencial, reúso o reciclaje inmediato o posterior ante la obsolescencia programada de los equipos electrónicos tirados a la basura por quienes la ejecutan en las ciudades.

Demanda, para quienes se ocupan de realizar la minería urbana, el manejo precautorio y planificado en el tiempo y el espacio, considerando cantidades, cualidades y complejidad de los residuos (en términos de las sustancias que los componen); además de una perspectiva distinta al típico manejo de residuos que se ocupa de gestionar los flujos inmediatos de residuos de manera lineal, procurando en un grado u otras ciertas medidas de reciclaje y recuperación de materiales y de energía incorporada (vía incineración, u otros mecanismos).

En este sentido, se considera que los medios de comunicación con el uso de las TICs revelan la preocupación y los efectos a nivel mundial que está causando el calentamiento global, cambio climático, enfermedades y virus que se originan por nuevos impactos ambientales, cuyos factores, entre otros son la contaminación ambiental que se produce por desarrollo de la tecnología, industria, fertilizantes, fungicidas, a través de las redes sociales en este siglo XXI. De aquí que se pondere sea una necesidad estar capacitado en temas vinculados a esta actividad riesgosa a la salud humana, a causa de contener esta basura electrónica sustancias tóxicas tales como plomo, mercurio, cadmio, berilio; entre otros químicos peligrosos agresivos al hombre; es el papel de relevancia de la formación jurídico-ambiental por la academia para desarrollar competencias profesionales **(5)**.

Con ello se justiprecia su vínculo con el derecho ambiental y los principios que lo informan como el precautorio, prevención, responsabilidad, y legalidad. Aunque, otro principio vinculado al tema es el principio de la responsabilidad ampliada del productor exige que los fabricantes acepten la responsabilidad de todas las etapas del ciclo de vida de un producto, incluida la gestión del final de su vida útil, de aquí la necesidad de cumplir con el principio de legalidad a través de cuerpos jurídicos que desde el derecho público lo establezcan **(6)**.

Para nadie es secreto que la era electrónico-digital llegó para transformar nuestras formas de vivir, ha impactado, no solo en el modo de comunicarnos, sino que, también en el cómo, cuándo y dónde nos relacionamos, educamos, trabajamos y hasta en el uso de nuestro tiempo libre. Esta era está caracterizada por su evolución frenética tanto en el *software* (programas y soporte lógico) como el *hardware* (aparatos y dispositivos), los que evolucionan en todo momento **(7)**.

Se aprecia de esta manera cómo se origina por la práctica llevada a cabo en muchos países, con la finalidad de reciclar los aparatos eléctricos y electrónicos; incluyen estos en su interior sus componentes, piezas o cables elaborados con materias primas las que son reciclables, aquí es

(5) Véase, NOVO, María – MURGA, M. Ángeles, "Educación ambiental y ciudadanía planetaria", *Revista Eureka sobre Enseñanza y Divulgación de las Ciencias,* nro. extraordinario, España, 2010, ps. 179-186; MOLANO NIÑO, Alba C., *"La formación ambiental en la educación superior: una revisión necesaria",* Revista Luna Azul, 39, Colombia, 2014, ps. 186-206; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, *"La formación ambiental. Una necesidad en el siglo XXI con el nuevo saber ambiental",* Revista Murmullos del Sur, México, 2018.

(6) Confróntese, CAFFERATTA, Néstor, "Los principios y reglas del derecho ambiental", Ed. PNUMA, El Salvador, 2004; *id*., "Teoría de los principios del derecho ambiental", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009; JAQUENOD de ZÖGÖN, Silvia, "El derecho ambiental y sus principios rectores", Ed. Dykinson, Madrid, 1991.

(7) ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, "El uso de las infotecnologías en la formación ambiental del ciudadano", *Revista Derecho y Cambio Social,* 52, Perú, 2018.

donde entra a jugar su rol la minería urbana. Hay que señalar que ya algunos de estos materiales empiezan a ser hoy en día un bien escaso en el planeta, mientras que en otras ocasiones por el alto valor que están alcanzando en los mercados se ha fomentado la actividad de la minería urbana, como la base del modelo económico: la provisión de materiales para abastecer la incesante demanda de la sociedad de consumo.

Se tiene a bien observar lo dicho por Galeano: "Lo que me pasa es que no consigo andar por el mundo tirando cosas y cambiándolas por el modelo siguiente solo porque a alguien se le ocurre agregarle una función o achicarlo un poco. (...) Lo más probable es que lo de ahora esté bien, eso no lo discuto. Lo que pasa es que no consigo cambiar el equipo de música una vez por año, el celular cada tres meses o el monitor de la computadora todas las navidades. Es que vengo de un tiempo en el que las cosas se compraban para toda la vida. Es más ¡Se compraban para la vida de los que venían después! (...) ¿Cómo quieren que entienda a esa gente que se desprende de su celular a los pocos meses de comprarlo?" **(8)**.

En contexto, con el propósito de gestionar los desechos electrónicos, la ONU con el Programa de Medio Ambiente, la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos, algunas Universidades del mundo y empresas como Dell, Microsoft, HP y Philips, crearon la iniciativa "Solucionar el problema de la basura". Este proyecto internacional ha buscado, entre otras cosas, homogenizar los procesos de reciclado en el mundo con el fin de que los componentes valiosos sean recuperados, vinculado al modo de ver por los autores del artículo, con los instrumentos económicos, como es la contabilidad ambiental **(9)**.

En consecuencia, ya se señalaba que algunos de los minerales que son encontrados en estos aparatos eléctricos y electrónicos son el litio, el cobre, el hierro, el aluminio, y el oro; materiales que pueden tras su recogida como materia prima para ser nuevamente utilizados y cuya extracción original llegará un día el momento en que se agoten. De aquí que se justiprecia que la actividad de la minería urbana tiene una serie de beneficios, al permitir evitar la dependencia del incremento de los precios de estas materias. Además, también se reducen las importaciones y se evita el agotamiento o escasez que se está comenzando a producir en determinadas materias primas en el mundo.

La minería urbana se considera que permite incidir en el avance del concepto de EC ya que estas materias primas pueden volver de nuevo a utilizarse y tener otra vida útil en otros dispositivos u objetos como son los teléfonos celulares, en las computadoras, en televisores, etc. Otro de sus beneficios que se aprecian con la recuperación de materiales y el reciclado de metales en comparación con la minería en términos de uso de la tierra, de consumo de energía, emisión de sustancias peligrosas, generación de residuos y emisiones de dióxido de carbono (CO_2), principal gas de efecto invernadero. Con ella se aprecia que los sujetos de gestión que la apliquen tendrán un valor agregado en su empresa, con ello serán más competitivos en el mercado.

Lo cual es observado desde su posición por Farbiarz Mas, al valorar desde el derecho internacional el Convenio de Basilea, sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, al significar que es un tratado multilateral destinado a suprimir los patrones de comercialización de desechos peligrosos que son ambiental y socialmente perjudiciales **(10)**. Los desechos electrónicos, debido a su composición, a menudo contienen elementos peligrosos. La Convención afirma que, para proteger la salud humana y el medio ambiente, los desechos peligrosos no deben comercializarse libremente como los productos comerciales ordinarios, y, en consecuencia, establece un proceso de notificación y aprobación por escrito para todos los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos. Pero la exención reglamentaria del Convenio de Basilea sobre equipos destinados a la reutilización es totalmente compatible con

(8) GALEANO, Eduardo.

(9) PNUMA, "Descubriendo los caminos hacia una economía verde e inclusiva", Resumen ejecutivo, Ginebra, 2015.

(10) FARBIARZ MAS, Alexandra, "Informe sobre tendencias de los RAEE a nivel mundial", Residuos Profesional, 2018, disponible en: *https://www.residuosprofesional.com/informe-tendencias-raee-nivel-mundial/*.

su principal objetivo ambiental para evitar la generación de residuos, ya que la reutilización prolonga el ciclo de vida de los AEE y, por lo tanto, mitiga la generación de residuos peligrosos; aquí se asevera por los autores del artículo su dimensión aplicativa.

Analizado este instrumento jurídico, al prolongarse la funcionalidad de la electrónica, su reutilización promueve la conservación de los recursos naturales y al menos temporalmente desvía la necesidad de reciclaje o eliminación. Sin embargo, la distinción de si algo es un desperdicio o no y, por lo tanto, está destinado a ser reutilizado, ello es un debate de larga duración en el marco del Convenio de Basilea. La Conferencia de las Partes (COP 13) no pudo llegar a un consenso final. Se conceptualiza entonces que la Minería Urbana (industria de reciclado electrónico), o minería inversa, a criterio de los autores tiene una dimensión normativa que pondere el principio de legalidad.

II.1. La obsolescencia programada u obsolescencia planificada

Es la programación del fin de la vida útil de un producto o servicio, de modo tal que tras un período de tiempo calculado de antemano por el fabricante o por la empresa durante la fase de diseño de dicho producto o servicio, este se torne obsoleto, no funcional, inútil o inservible. Se ve claramente la importancia de pensar la obsolescencia programada y los sistemas actuales de producción en el marco de una reflexión sobre el concepto de sostenibilidad **(11)**.

II.2. La economía verde

Es un sistema de actividades económicas relacionadas con la producción, distribución y consumo de bienes y servicios que resulta en mejoras del bienestar humano en el largo plazo, sin, al mismo tiempo, exponer las generaciones futuras a riesgos ambientales y escasez ecológicas significativas **(12)**. Es caracterizada por un sustancial aumento de las inversiones en sectores verdes, apoyadas por reformas políticas que sean instrumentales para esto. Estas inversiones ofrecen un mecanismo para la reingeniería de los negocios, de la infraestructura, de las instituciones y la adopción de procesos de producción y consumo sostenible. Dicha reingeniería conduce a una mayor participación de los sectores verdes en el producto interno bruto, más y decentes empleos verdes, menor uso de energía y materiales en la producción, menor generación de desechos y contaminación y emisiones de gases de efecto invernadero muchas más bajas. Podemos entender la economía verde como aquella que incorpora al modo de producción actual variables medioambientales y sociales, lo que no supone que esté directamente en contra de las ideas de libre mercado o de crecimiento como parte de los instrumentos económicos.

El concepto de "economía verde" queda claro que no sustituye al de "desarrollo sostenible", pero sí es un camino para alcanzarlo. Por consiguiente, la economía verde se puede entender como un conjunto de modos de producción, donde se premia la búsqueda de maximizar la producción, tomando en consideración variables que son ignoradas a la hora de establecer un negocio, como la conservación de los recursos naturales y la erradicación de la pobreza **(13)**.

En consecuencia, se asevera que la relación entre crecimiento y el deterioro del medio ambiente es compleja, y depende de varias variables en evolución. Las más importantes son la evolución del tamaño de la población humana, el patrón de consumo (sobre todo de los países ricos) y una mezcla entre el nivel tecnológico y el uso que se haga de este, lo cual requiere inversiones públicas y privadas en I+D+i para mejo-

(11) Consúltese, GOMES BERGSTEIN, Laís, "Obsolescencia programada: prática abusiva no mercado de consumo", *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco,* 11, Brasil, 2014; RUIZ MALBAREZ, Mayra – ROMERO GONZÁLEZ, Zilath, "La responsabilidad social empresarial y la obsolescencia programada", *Revista Saber, Ciencia y Libertad,* 1, Colombia, 2011; SLADE, Giles, *"Made to Break: Technology and Obsolescence in America",* Harvard University Press, Cambridge, 2006.

(12) Véase, PNUMA, "Hacia una economía verde: guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza", Síntesis para los encargados de la formulación de políticas, New York, 2011; MARTÍNEZ, Adriana N. – PORCELLI, Adriana M., "Reflexiones sobre la economía verde. El *new Deal Ecológico Mundial", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas,* 15, Perú, 2017.

(13) MARTÍNEZ, Adriana N. – PORCELLI, Adriana M., ob. cit., ps. 361-408.

rar la fabricación industrial, el mantenimiento, el control de calidad, la logística, y la distribución tecnológica con la implementación de la quinta generación (5G) **(14)**.

II.3. La economía lineal

Es el sistema de producción vigente que se basa principalmente en un proceso lineal de consumo de recursos. Bajo el paradigma *take-make-waste* (extraer-fabricar-consumir-eliminar), los bienes son producidos a partir de las materias primas, luego vendidos, utilizados y finalmente desechados como residuos, lo que ocasiona no solo el agotamiento de los recursos naturales sino también la generación de toneladas de basura **(15)**.

En consecuencia, pueden identificarse las siguientes limitaciones al modelo lineal como los riesgos de precios: hacia finales del milenio los precios de los recursos naturales comenzaron a ascender y mientras la población crecerá, la urbanización se incrementará y los costos continuarán en aumento; y las pérdidas económicas y residuos estructurales: la economía actual genera una gran cantidad de residuos. En este contexto analizado, cada vez son más los que reclaman un cambio de modelo industrial que desvincule los ingresos del consumo de materias primas y que sea capaz de ofrecer sistemas económicos resilientes: a ello apunta la economía circular como nuevo paradigma **(16)**.

II.4. La economía circular

Es una evolución lógica en oposición a la lineal, el presente y el futuro del principio de desarrollo sostenible. Es cambiar del modelo lineal por uno circular, que devuelva lo que consideramos residuos a la categoría de materia prima y reutilizarlos hasta que realmente lo sean, es la esencia de esta nueva estrategia. Es un paradigma que tiene como objetivo generar prosperidad económica, proteger el medio ambiente y prevenir la contaminación, facilitando así el desarrollo sostenible. Es por eso que este modelo se apoya en el principio de las 3 R (reducir, reusar, reciclar), aplicable a todo el ciclo de vida de los productos **(17)**.

El origen de la economía circular (EC) no se remonta a una única fecha o un único autor. Desde finales de la década de los 70' del pasado siglo, sus aplicaciones prácticas en los sistemas económicos y procesos industriales modernos han cobrado impulso, han ido desarrollándose a lo largo de este tiempo y continuará en el futuro del siglo XXI. La EC se define a partir de las siguientes características fundamentales: los residuos se eliminan del diseño (basura = alimento); la diversidad genera solidez y la energía necesaria para impulsar la economía circular debe ser de carácter renovable, para reducir la dependencia de los recursos e incrementar la resiliencia de los sistemas; pensar en sistemas: muchos elementos del mundo real, como empresas, personas o plantas, forman parte de sistemas complejos en los que las distintas partes están fuertemente vinculadas entre sí.

En la EC, estos vínculos se tienen en cuenta en todo momento; los precios deben decir la verdad: los precios u otros mecanismos de retroalimentación deben reflejar los costes reales ya que los precios actúan como mensajes; y reemplazo del concepto de consumidor por el de usuario: la EC trae aparejada una nueva relación entre los consumidores y las cosas. No es un concepto nuevo, aunque ha llamado la atención de la comunidad científica y empresarial en los últimos años, debido a su implementación como política estratégica para países desarrollados como Alemania, China, Japón, la Unión Europea, entre otros.

(14) Véase, CELAYA, Javier, "La empresa en la web 2.0", Ed. Gestión 2000, Barcelona, 2008; TORRENT, J., "La empresa red. Tecnologías de la información y la comunicación, productividad y competitividad", Ed. Ariel, Barcelona, 2008; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, "La empresa de alta tecnología", *Revista Fórum Administrativo,* 189, Brasil, 2016.

(15) BAUMAN, Zygmunt, "Modernidad líquida", Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004, p. 91.

(16) GARCÍA GARCÍA, Sara, "Economía circular: La Unión Europea impulsa reformas sobre la base de un tema crucial, la gestión de residuos, con el fin de alcanzar mejoras económicas y medioambientales", *Revista Actualidad Jurídica Ambiental,* 57, España, 2016, ps. 1-11.

(17) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, "Economía circular en la Unión Europea: un marco jurídico global para el Derecho medioambiental del siglo XXI", Ed. Las Rosaz, España, 2019.

Hay que resaltar que en varios campos de estudio y disciplinas han sumado esfuerzos para impulsar el cambio del sistema económico lineal y clásico, al paradigma circular, algunas de ellas son: la Ciencia de la Administración, con el desarrollo de modelos de negocio alternativos y sostenibles; la Ingeniería, a través de la simbiosis industrial; el diseño industrial, con la estrategia *cradle to cradle* y la biomímesis, entre otros, de aquí que se pondere la transdisciplinariedad que tiene el tema que se aborda. También, puede afirmarse que la EC tiene como su gran aliada a las herramientas de las Tic y en especial a internet, ya que le permite la colaboración e intercambio de conocimiento más eficientes en la web 2.0, hoy potenciada a través de la quinta generación (5G). El uso de las Tic, las aplicaciones móviles y los sistemas de información geográfica (GPS) son algunos de los avances tecnológicos que posibilitan firmemente el surgimiento y el desarrollo de prácticas colaborativas. La EC hace referencia a prácticas de compartir e intercambio que desacoplan la posesión de un producto de su uso y suelen implicar la utilización de menos recursos **(18)**.

En este escenario estudiado emerge la EC, la que se puede conceptualizar como una filosofía del diseño y de organización de sistemas. Inspirada en los seres vivos, emula con los ciclos de la naturaleza en la que los "desechos" de una especie se convierten en el "alimento" de otra y así sucesivamente en un sistema cíclico de autosuficiencia. Está concebida como un sistema industrial restaurador o regenerativo por intención y por diseño *ab initio*, sustituye el concepto de "caducidad" por el de "restauración" distinguiendo entre ciclos técnicos y biológicos. Se desplaza hacia el uso de energías renovables, eliminando el uso de químicos tóxicos, que perjudican la reutilización y el retorno a la biosfera, es esta su finalidad para su aplicación por la Administración Pública.

Como se aprecia, la EC presenta una perspectiva ambiciosa, desafiante y más atrevida que la economía verde (una economía eficiente en recursos) puesto que requiere la transformación radical de los medios de producción, de las cadenas de suministro, de la cultura y de los hábitos de consumo a nivel planetario. En la EC, los recursos se regeneran dentro del ciclo biológico o se recuperan y restauran gracias a ciclos técnicos. Los componentes del ciclo biológico son biodegradables, por lo que se pueden introducir en la naturaleza después que su valor de uso ya no sea rentable. Los componentes de ciclos técnicos son poco aptos para volver de inmediato a la naturaleza, por lo que son reutilizados una y otra vez, aplicados dentro de la ciudad inteligente **(19)**.

Empero, para la transición a una EC las empresas pueden adoptar diferentes acciones: *regenerate* (regenerar), *share* (compartir), *optimise* (optimizar), *loop* (bucle), *virtualise* (virtualizar) y *exchange* (intercambiar), que juntas conforman el marco *Resolve* (por las siglas de las iniciales de las palabras inglesas). También se resumen las medidas existentes en ecodiseño y ecoetiquetas, sobre todo en dispositivos electrónicos y anunció una guía para la transición hacia una EC en referencia a las mejores técnicas disponibles para varios sectores industriales **(20)**. De aquí que se valore que es el salto de lo que se pondera con las empresas responsables o amigables con el ambiente como también se les conoce **(21)**.

(18) Consúltese, VALERO TORRIJOS, Julián, "Régimen Jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo", Ed. Comares, Granada, 2004; SHILLER, Dana, "Internet y los negocios. Cambio: 19 ensayos fundamentales de como internet está cambiando nuestras vidas", Ed. BBVA, Madrid, 2014.

(19) BOUSKELA, M. *et al.,* "La ruta hacia las smart cities: Migrando de una gestión tradicional a la ciudad inteligente", 2016, disponible en: *https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7743/La-ruta-hacia-las-smart-cities-Migrando-de-una-gestion-tradicional-a-la-ciudad-inteligente.pdf.*

(20) MARTÍNEZ, Adriana N. – PORCELLI, Adriana M., "El desafío del cambio económico: la economía circular y su excepción en las diferentes legislaciones y en la normativa voluntaria", *Revista Pensar en Derecho,* 13, Colombia, 2018, ps. 129-181.

(21) Confróntese, CHAMORRO MERA, Antonio, "Tesis doctoral: El etiquetado ecológico, un análisis de su utilización como instrumento de marketing", Ed. Universidad de Extremadura, España, 2003; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, "Principios del derecho ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental", *Boletín Económico ICE,* 2824, España, 2004; "Libro Verde sobre la responsabilidad social em-

La EC supone un cambio radical de los sistemas de producción y consumo actuales. Esto evitará la creación de residuos e impactos negativos derivados, mitigando las externalidades negativas para el medio ambiente, el clima y la salud humana. Para el desarrollo sostenible, el objetivo ambiental de la EC es reducir el material virgen del sistema de producción-consumo y los insumos de energía y desechos y las emisiones (rendimiento físico) mediante la aplicación de ciclos de materiales y cascadas de energía basadas en energías renovables **(22)**.

El objetivo económico de la EC es reducir los costes de materias primas y energía del sistema de producción-consumo económico, gestión de residuos y costes de control de emisiones, riesgos de la legislación/imposición (medioambiental) e imagen pública, así como innovar diseños de nuevos productos y oportunidades de mercado para negocios. El objetivo social es la economía colaborativa, y el aumento del empleo (empleos verdes) **(23)**.

Hay que resaltar que el concepto de EC viene de diversas fuentes referentes de la eco-inteligencia. Abarca todas aquellas empresas, propósitos e iniciativas que manejan una economía sostenible, en el cual su objetivo desarrolle el valor de los productos materiales y sus recursos se conserven en el círculo económico durante el mayor tiempo posible. La finalidad es alargar la vida útil de los desperdicios, perfeccionándolos en recursos para formalizar una economía justa, social, colaborativa y sostenible, que deserte del actual sistema lineal de usar y tirar. Por ello, luego de haber abordado los elementos referenciados sobre la EC, se valora la pertinencia de la aplicación de la gestión de calidad y gestión ambiental bajo la pertinencia de las normas técnicas ISO 9001 y 14.001, respectivamente. Y por supuesto bajo la impronta del control público ambiental, a través de la función inspectiva y la auditora dentro de los instrumentos de gestión ambiental **(24)**.

III. El derecho ambiental y la minería urbana en el contexto del principio del desarrollo sostenible en pos de avanzar a la economía circular

En la Conferencia de Río de 1992 es el momento en que aparece con fuerza la idea del "desarrollo sostenible". Veinte años después, aparece la idea de "economía verde", en la Conferencia de las Naciones Unidas del 2012. Por ello, es una necesidad alcanzar el desarrollo sostenible en el siglo XXI, desde el Informe "Nuestro Futuro Común" en 1984, se señala como el megaprincipio del derecho ambiental, el paradigma es cómo establecer políticas públicas para concretarlo **(25)**.

En consecuencia, se valora que alcanzar el *principio del desarrollo sostenible* es considerado en la actualidad como el paradigma más acuciante dentro del derecho ambiental, la lectura de la doctrina Hispanoamericana viene señalando que el desarrollo sostenible se encuentra en la base de la categoría de "instrumentos de mercado de carácter cooperador", que compatibilice la tutela ambiental con el crecimiento de la economía, de aquí la articulación del derecho administrativo ambiental y en su evolución con la EC. Estos elementos valorados, se justiprecia que han permitido que se vaya consolidando como principio general del derecho administrativo ambiental, a partir de la actualización de

presarial", Bruselas, 2011; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides – DÍAZ OCAMPO, E., "La responsabilidad social y medio ambiental de la empresa: una perspectiva desde Cuba", *Revista Responsabilidad Social Empresarial,* España, 2018.

(22) SANZ LARRUGA, Francisco J., "Derecho ambiental para una economía verde", Ed. Aranzadi, España, 2016.

(23) PNUMA – OIT – OIE – CSI, "Empleos verdes: Hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono", Nairobi, 2008.

(24) ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides – RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed, "La potestad inspectiva v/s auditoría pública. Ojeada histórica dentro del Derecho Administrativo Ambiental cubano", *Revista Dos Tribunais,* Ed. Thomson Reuters, 967, Brasil, 2016.

(25) Véase, LOPERENA ROTA, Demetrio, "Desarrollo sostenible y globalización", Ed. Thomson-Aranzadi, España, 2003; SANTAMARÍA ARINAS, René, "Implicaciones del Desarrollo Sostenible para la Ciencia del Derecho Administrativo", Revista Donostia, España, 2006, ps. 631-638; SANZ LARRUGA, Francisco J., "Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible", *VI Congreso de la Asociación de profesores de Derecho Administrativo,* Palma de Mallorca, 2011.

las técnicas jurídicas de tutela ambiental con la gestión ambiental compartida **(26)**.

En este sentido, se analiza el legado del profesor Martín Mateo, el que en sus estudios sobre el mega principio —desarrollo sostenible— considera: "el sector privado (incluidas las grandes empresas y las pequeñas) tiene el deber de contribuir a la evolución de comunidades y sociedades equitativas y sostenibles (Principio 24), y que las empresas del sector privado deben cumplir la obligación de rendir cuentas, en un entorno reglamentario, transparente y estable (Principio 26)" **(27)**.

En consecuencia, se aprecia que son dos puntos indispensables valorados por ser pertinentes para lograr alcanzar el *desarrollo sostenible*:

Primero, comprender que el crecimiento económico solo no basta para resolver los problemas del planeta: los aspectos económicos, sociales y ambientales de cualquier actividad están vinculados. Considerar únicamente uno de ellos a la vez da por resultado errores de juicio y de resultados insostenibles. Concentrarse solo en los márgenes de utilidad, por ejemplo, históricamente ha causado daños sociales y ambientales que en el largo plazo le cuestan a la sociedad. Pero cuidar del medio ambiente y proporcionar los servicios que necesita la ciudadanía depende de los recursos económicos, al menos en forma parcial.

Segundo, la naturaleza intervinculada del desarrollo sostenible requiere que se trasciendan fronteras, ya sean geográficas o institucionales, para coordinar estrategias y tomar decisiones adecuadas. Los problemas rara vez están circunscritos a jurisdicciones definidas previamente como una dependencia del gobierno o un vecindario particular; y las soluciones inteligentes exigen que haya cooperación como parte del proceso decisorio.

Empero, en el núcleo del desarrollo sostenible se justiprecia que está en la necesidad de considerar los tres pilares juntos: *la sociedad, la economía y el medio ambiente*. En el plano jurídico, se valora que la idea fundamental del desarrollo sostenible es la vinculación entre el bienestar de la generación actual y el bienestar de las futuras generaciones. En ello, se aprecia que los sistemas de valores no han tomado en cuenta a la naturaleza y se han desbocado en una irracional carrera por el consumismo como estilo de vida y desarrollo sin una adecuada responsabilidad ambiental por parte de los sujetos de gestión. El reto es desarrollar una sociedad ante los desafíos que se presentan para lograr el desarrollo sostenible como "aquel que satisface las necesidades esenciales de la generación presente sin comprometer la capacidad de satisfacer las necesidades esenciales de las generaciones futuras" **(28)**.

III.1. El derecho ambiental y el derecho minero en contexto

III.1.a. Derecho ambiental

Como parte del sistema jurídico y rama de las ciencias jurídicas, su origen se ubica en la década de los 70 del siglo pasado; a partir de la Cumbre en Estocolmo, comienza a introducirse la normativa ambientalista en el ordenamiento jurídico de un gran número de países, siendo el punto de conexión con el derecho internacional, que también se denomina derecho del medio ambiente o derecho ecológico, definido por diferentes autores desde perspectivas distintas como Martín Mateo; Brañes Ballesteros; Ortega Álvarez; Caferrata; De Besa Antunes, entre otros autores estudiosos de los temas ambientalistas **(29)**.

(26) Consúltese, JORDANO FRAGA, Jesús, "La Administración en el Estado Ambiental de Derecho", *Revista de Administración Pública,* 173, España, 2007, ps. 101-141; LOZANO CUTANDA, Blanca, "Derecho ambiental administrativo", Ed. La Ley, Madrid, 2010, 11ª ed.; PAREJO ALFONSO, Luciano, "El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública", Ed. Aranzadi, España, 2013.

(27) MARTÍN MATEO, Ramón, "Tratado de derecho ambiental", Ed. Trivium, España, 1991, 1ª ed.

(28) CRUZ SARDIÑAS, T., "El derecho al desarrollo sostenible. Una actualización obligada para la doctrina del derecho ambiental", Ed. CITMA, La Habana, 2013.

(29) Véase, MARTÍN MATEO, Ramón, ob. cit.; BRAÑES BALLESTEROS, Raúl, "La fundación del Derecho Ambiental en América Latina", Ed. PNUMA, Chile, 2003; CAFFERATTA, N., "Introducción al derecho ambiental", Ed. INE-Semarnat, México, 2004; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis I., "Concepto de medio ambiente. Tratado de derecho ambiental", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012; DE BESA

Por consiguiente, se asevera que el derecho ambiental se caracteriza por tener relaciones con otras ramas del derecho, donde en esta interrelación de carácter dialéctico le aportan elementos que desarrollan tanto del derecho ambiental, como al resto de las ciencias jurídicas que se relacionan con él. Regula las conductas humanas con implicaciones ambientales, recoge conocimientos científicos que se han generado en el derecho internacional como génesis, con el derecho constitucional, con el derecho administrativo, derecho mercantil, derecho económico, derecho civil, derecho laboral, derecho financiero-tributario, derecho agrario, derecho de la propiedad industrial, entre otras; confiriéndosele una lectura distinta a la que otras ramas del derecho pudieron haber hecho de ellos, y luego de haberle dado el alcance que le corresponde; de acuerdo con su objeto los combina para formar un cuerpo nuevo y unificado que se materializa en el conjunto de categorías reguladas en el sistema normativo ambiental a través de un Código Ambiental **(30)**.

En consecuencia, aun cuando el derecho ambiental se manifiesta a través de los actos jurídicos que le son propios, mucha de su normativa legal se encuentra dispersa en el resto de las ramas que conforman el sistema jurídico. Lo que se justifica atendiendo a que ninguna norma jurídica pertenece de una manera exclusiva y excluyente a una rama del derecho determinada, consideradas bajo diferentes enfoques que son válidos tanto para el derecho ambiental como para otras disciplinas jurídicas que la contengan, pues no resulta factible fijar exactos límites entre ellas; realmente puede existir una zona común en sus fronteras **(31)**.

Al estudiarse la obra de la catedrática Jacquenod de Zsogön, ella considera el derecho ambiental como "la disciplina jurídica que investiga, estudia y analiza las diferentes relaciones entre los bienes naturales y la actividad antrópica, orientando la relación jurídica de las conductas y actitudes humanas respecto al uso, explotación y aprovechamiento de recursos naturales, conservación de la naturaleza y protección del medio ambiente". En este mismo contexto, sigue señalando "sería aventurado afirmar que el derecho ambiental se perfila como una rama autónoma del ordenamiento jurídico, puesto que este es un sistema de normas que no admite la existencia de regímenes totalmente separados; por tanto, adquiere relevancia en la medida en que se integra a un circuito de normas, a una interconexión progresiva de preceptos cuyo principia y fin es la construcción". Además, tampoco podría decirse que forma parte de una rama especial del derecho público, ya que es difícil mantener la tradicional separación entre el régimen jurídico público y el privado debido a la infiltración de las instituciones jurídico-públicas en el régimen que rige las relaciones entre los particulares, y a una privatización de las reglas que presiden la organización y funcionamiento del Estado y sus instituciones. Algunos autores consideran que el derecho ambiental es una rama autónoma del derecho, debido a que cumple con los requisitos que suelen apuntarse como necesarios para considerar que una disciplina es autónoma **(32)**.

Desde el plano jurídico, se pondera que los elementos abordados son reforzados con el reconocimiento jurídico del pluralismo jurídico *de jure*, al otorgarse derechos a la naturaleza como sujeto, la *pacha mama* dentro del *sumak kuasay* en los textos constitucionales de Bolivia y Ecuador en la región de América Latina, como referentes en sus cartas políticas de este siglo XXI, lo diferencian con otras naciones donde el derecho ambiental tiene un mayor desarrollo dentro del concepto del buen vivir **(33)**. Implica, a criterio de los autores del artículo, la necesidad de construir un *nuevo concepto de naturaleza*,

ANTUNES, Paulo, "Direito ambiental", Ed. Atlas, Brasil, 2013.

(30) Consúltese, ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, "Código Ambiental", Ed. Porvenir, San José, 1998, 1ª ed.; PAREJO ALFONSO, Luciano *et al., "Código de Medio Ambiente",* Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004.

(31) CAÑIZARES ABELEDO, Fernando, "Teoría del Derecho", Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1979.

(32) Confróntese, JAQUENOD de ZÖGÖN, Silvia, ob. cit.; *id*., "Derecho ambiental en el nuevo milenio. Una estrategia para el derecho ambiental", *Revista de Estudios Locales Cunal,* 1, España, 2001; *id*., "Derecho Ambiental, información, investigación", Ed. Dykinson, Madrid, 2004, 2ª ed.

(33) SCHAVELZON, Salvador, "Plurinacionalidad y vivir bien/buen vivir. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes", Ed. Adya-Yala, Quito, 2015.

superar su imagen cosificada como *res* extensa instaurada por el derecho positivo moderno; de una naturaleza susceptible de ser manipulada, sometida, dominada, controlada, explotada. Se trata de sustituir los principios inconmovibles e inamovibles del derecho privado, por un proceso abierto al juego de valores e intereses sobre la conservación, uso y transformación de la naturaleza, con procedimientos jurídicos flexibles para dirimir conflictos de intereses contrapuestos y para alcanzar un bien público basado en el reconocimiento de sus diferencias, en este caso del derecho occidental.

El derecho ambiental, al estudiar lo ponderado por los autores estudiados en la revisión bibliográfica, se arguye que hay similitudes en ponderar que no es solo el conjunto de normas que aseguran el uso controlado de la naturaleza, sino aquel que regula los intereses en conflicto en torno a las estrategias diferenciadas de apropiación de sus recursos, donde se inscriben los derechos territoriales y culturales de los pueblos. El derecho a un ambiente sano es fundamental porque es humano. Significa que su valor fundamental no tiene fuente distinta a su consustancialidad con el ser humano, que, forjado en un crisol de avatares biológicos, históricos, sociales y axiológicos, irremediablemente perdería su condición humana si fuese despojado de sus derechos fundamentales, a partir de su reconocimiento entre los derechos de solidaridad **(34)**.

(34) Véase, ROSA MORENO, Juan, "El derecho ambiental en Latinoamérica", Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2000; ALENZA GARCÍA, José F., "Manual de derecho ambiental", Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 2002; BELLORIO CLABOT, Dino, "Tratado de derecho ambiental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, 1ª ed.; ASTORGA, E., "Derecho ambiental chileno", Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Derecho ambiental", Ed. Abeledo Perrot, Argentina, 2010; SORIANO GARCÍA, José E. – BRUFAO CURIEL, Pedro, "Claves de derecho ambiental", Ed. Iustel, España, 2010, 1ª ed.; BELTRAO, Antonio, "Direito ambiental", Ed. Método, Brasil, 2011, 3ª ed.; AMPARO RODRÍGUEZ, Gloria, "Temas de derecho Ambiental. Una mirada desde lo público", Ed. Universidad del Rosario, Colombia, 2012, 1ª ed.; ANGULO, Mauricio, "Manual práctico de derecho ambiental. La naturaleza como sujeto de derecho. Doctrina práctica y jurisprudencia", Ed. Workhouse, Quito, 2013; BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, "Derecho ambiental", Ed. Las Rosas, Madrid, 2014, 1ª ed.; GÓMEZ SÁNCHEZ, Narciso, "Derecho ambiental", Ed. Porrúa, México, 2014, 3ª ed.; PEÑA CHACÓN, Mario *et al., "Derecho Ambiental del siglo XXI",* Ed. Isolma, Costa Rica, 2019, 1ª ed.

III.1.b. Derecho minero

Representa la delegación que el Estado hace al privado de la operación de los recursos naturales, en este caso de las minas. Tiene que ser un acto expreso proveniente del Estado, que se materializa a través de una concesión minera. Es aquel que el Estado expresamente delega al particular, mediante el cual le brinda un derecho personal a conducir actividades mineras por intermedio de un título minero, que debe seguir ciertas solemnidades, tales como su inscripción en el registro minero. Asimismo, este título tiene restricciones en cuanto se refiere a la libertad de transferencia, puesto que es el Estado quien debe autorizar expresamente dicho acto **(35)**.

La actividad minera, como la gran mayoría de las acciones humanas, ocasiona daños inmediatos a la naturaleza. Sin embargo, es una importante fuente de obtención de riquezas que contribuyen al logro de la sustentabilidad. Para adentrarnos en la minería urbana, tenemos a bien abordar de primer orden al derecho minero, respecto del cual autores como Gay Barbosa y González señalan que es un "ordenamiento jurídico autónomo que con contenido económico y político, regula las relaciones jurídicas de los sujetos intervinientes directa o indirectamente en toda la actividad de exploración, adquisición, producción, explotación, comercialización, transformación y aprovechamiento de recursos naturales no renovables estableciendo derechos, obligaciones y procedimientos en armonía con la naturaleza con el objeto de obtener el abastecimiento y beneficios a distribuir equitativamente entre los distintos sectores intervinientes y el desarrollo integral de la sociedad" **(36)**.

En su expresión en el ordenamiento jurídico, con contenido económico y político, regula las relaciones jurídicas de los sujetos intervinientes directa o indirectamente en toda la activi-

(35) JUNCEDA MORENO, Javier, "Minería, medio ambiente y ordenación del territorio", Ed. Civitas, Madrid, 2001.

(36) GAY BARBOSA, Daniel *et al., "Conceptos de* derecho minero", Ed. Universidad Blas Pascal, Perú, 2014.

dad de exploración, adquisición, producción, explotación, comercialización, transformación y aprovechamiento de recursos naturales no renovables estableciendo derechos, obligaciones y procedimientos en armonía con la naturaleza con el objeto de obtener el abastecimiento y beneficios a distribuir equitativamente entre los distintos sectores intervinientes y el desarrollo integral de la sociedad. Regula las relaciones jurídicas de los sujetos intervinientes directa o indirectamente en toda la actividad de exploración, adquisición, producción, explotación, comercialización, transformación y aprovechamiento de recursos naturales no renovables estableciendo derechos, obligaciones y procedimientos en armonía con la naturaleza con el objeto de obtener el abastecimiento y beneficios a distribuir equitativamente entre los distintos sectores intervinientes y el desarrollo integral de la sociedad.

III.1.c. El dominio público

El régimen general del dominio público señala las consecuencias de la "demanialización". Los objetivos que debe perseguir esta ley han de proceder no solo a su separación del régimen general de Comercio sino además de proporcionar a la categoría de bienes un régimen jurídico adaptado a esas necesidades. Régimen que debe suponer la adaptación de los principios inspiradores a esta categoría de bienes. Sobre ello también se ha reconocido la competencia del Estado para proceder a su regulación como un mecanismo de restricción a su acceso y de cumplimiento de sus fines en relación con el derecho de la minería. Es la consecuencia lógica de haber sacado los bienes el comercio indicando que constituyen el rasgo más característico del dominio público y la nota que proyecta más consecuencias para el tráfico de estos bienes. La más inmediata es que respecto de los bienes de dominio público, mientras tengan el carácter de bien público, no se puede realizar por parte de los entes públicos ningún acto traslativo de dominio tenga la forma jurídica que tenga compraventa, donación o cualquiera otra ya sea este puro, condicional o a plazo. Es una consecuencia directa de que esté fuera del comercio de los recursos minerales **(37)**.

(37) GARCÍA, J., "Los bienes de derecho público", Ed. Foreword, España, 2013.

IV. La actividad minera en Cuba. Regulación y desarrollo en el ordenamiento jurídico

Para su mejor comprensión, la actividad minera en la nación cubana será analizada por etapas, a partir de la diversidad de procesos tecnológicos extractivos, relacionados con la recuperación de oro, cobre, plata, plomo y zinc, a partir de sus yacimientos minerales principales. En tal sentido, estos procesos extractivos provocan cambios de tipo ambiental y social, que es preciso tener en cuenta en el momento de diseñar políticas ambientales. Cuba, como nación, tiene una larga trayectoria minera dado sus recursos que posee. A la llegada de los conquistadores españoles, los profesores Torres-Cuevas y Loyola-Vega señalan que los nativos de los pueblos originarios practicaban la llamada minería recolectora con la obtención de pepitas de oro directamente de los aluviones de los ríos. Permite justipreciar que, aunque los aborígenes cubanos reconocían los ríos como los sitios idóneos para su recolección, no es hasta la llegada de los conquistadores que en Cuba existió una verdadera actividad minera **(38)**.

- *Colonia española desde 1511-1898:* La etapa inicial de la colonización se caracterizó por la extracción de oro, hecho histórico que ocurre en las zonas geográficas de la nación en Bayamo, Jobabo, Guáimaro, Arimao, Agabama y Jaruco **(39)**.

- *Con la neo colonia desde 1902-1958:* en este periodo la pequeña minería del oro en Cuba se centró fundamentalmente en la región de Villa Clara y en Holguín, siendo esta última la de mayor importancia para el país. Aunque, hay que significar que la actividad minera en Cuba se aprecia cómo comienza a desarrollarse a partir del 1902, al incrementarse la extensión de la mina "El Cobre", en la localidad del mismo nombre, y con ello comenzar la explotación de hierro y manganeso en la región oriental. Posteriormente, se valora cómo comenzó la explotación del yacimiento de Matahambre en la antigua provincia de Pinar del Río (explotada

(38) TORRES-CUEVAS, Eduardo – LOYOLA-VEGA, Oscar, "Historia de Cuba 1492-1898. Formación y liberación de la nación", Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 2001.

(39) *Ibid.*

desde 1913 hasta 1997). En la década del 40 del pasado siglo, se comienza la explotación de laterita para la extracción de níquel más cobalto y otros minerales **(40)**.

En esta actividad extractivista, estimulada por el desarrollo de la Revolución Industrial inglesa, se aprecia cómo la minería del cobre experimentó en Cuba un importante crecimiento en el segundo tercio del siglo XIX. Como consecuencia, la isla se convirtió en uno de los grandes productores mundiales de mineral. Aunque el ciclo del cobre cubano del XIX fue relativamente breve: se inició en torno a 1830 y puede darse por finalizado en 1868 **(41)**. Queda reflejado de esta manera que la minería en Cuba se reguló dentro del ordenamiento jurídico con la promulgación de la Ley de Minas de 1859 y el decreto Ley de Bases Generales para la Nueva Legislación de Minas de 1868, así como con más de 20 cuerpos jurídicos que hasta el año 1966 regularon la política jurídica en materia de Derecho Minero por el Estado, lo refleja la historia de la nación cubana **(42)**.

- *A partir de 1959:* se parte de la carta política cubana, la preocupación y ocupación del Estado cubano en cuanto a la protección de los recursos naturales, esta se consagró en el art. 27 de la Constitución de la República, de 1976: "el Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible. Para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras" **(43)**.

En este texto jurídico superior, quedó clarificado que las minas son de propiedad estatal socialista de todo el pueblo, así quedó recogido en el art. 15 de la Constitución de 1976, y le corresponde al Estado el dominio inalienable e imprescriptible del subsuelo, las minas y todos los recursos minerales, como declara el art. 4º de la ley 76 de 1994, Ley de Minas en cuanto a la forma de propiedad de los recursos naturales. No caben dudas de que con este elemento aquí se consagra la protección ambiental como función pública. Técnicamente, a la vez que se habilitaron los órganos competentes para intervenir en la protección ambiental inspirados en el *desarrollo sostenible*, se ordenó la aplicación de dicha habilitación con el objetivo de hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras, con lo que la solidaridad en términos de equidad inter e intrageneracional; la racionalidad y la sostenibilidad trascienden al texto constitucional **(44)**.

Como se aprecia, el Estado cubano estableció un modelo institucional nuevo, sustentado en una instancia coordinadora de gestión ambiental, coexistiendo con la distribución de competencias previas respecto a los recursos naturales y a los sub sistemas ambientales, rectorados por el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) cuando se creó dentro de los organismos de la Administración Pública en la década de los 90 del siglo pasado **(45)**.

El derecho a un medio ambiente sano actúa como límite al ejercicio de los derechos. Dentro del ordenamiento jurídico cubano, de acuerdo con la ley 59, Código Civil, todo derecho, incluido el de propiedad, debe ejercerse de acuerdo con su contenido social y finalidad, conforme a su destino socioeconómico (art. 129), de modo racional (art. 132), y dentro de los límites generalmente admitidos (art. 170.2). De modo más preciso, refiriéndose específicamente a la pro-

(40) SOTO-GONZÁLEZ, L. D., "Apuntes sobre la historia de la minería cubana", Ed. Oriente, Santiago de Cuba, 1981.

(41) Consúltese, SALTERAIN, Pedro, "Breve reseña de la minería de la isla de Cuba", Ed. La Publicidad, La Habana, 1883; FRANCO, J. L., "Las minas de Santiago del Prado y la rebelión de los cobreros, 1575-1800", Ed. de Ciencias Sociales, La Habana, 1975; D. SOTO GONZÁLEZ, Luis, "Apuntes sobre la historia de la minería cubana", Ed. Oriente, Santiago de Cuba, 1981.

(42) GUERRERO, D., "La industria minera en Cuba", Área minera, El sitio de la minería en Internet, disponible en, *www.areaminera.com.*

(43) PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette – PRIETO VALDÉS, Martha *et al., "Temas de* derecho constitucional cubano", Ed. Félix Varela, La Habana, 2002, 2ª ed.

(44) Véase, CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daima, "Estudios sobre derecho del ambiente", Ed. Hermanos Vadell, Caracas, 2011; CARBALLO MAQUEIRA, Leonel, "El derecho ambiental. Realidades y esperanzas", Ed. Acuario Centro Félix Varela, La Habana, 2014.

(45) FERNÁNDEZ RUBIO LEGRÁ, Ángel, "El proceso de institucionalización de la Revolución Cubana", Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1985.

tección del ambiente como límite al derecho de propiedad, se reconoce de forma explícita a lo dispuesto en la legislación ambiental, pues en el art. 131.1, faculta al propietario del terreno para que haga en él obras, plantaciones y excavaciones, con las "limitaciones" establecidas en las disposiciones legales, haciendo especial referencia a las relativas a la "protección del patrimonio nacional y cultural, y a los recursos naturales y el medio ambiente". En segundo apartado del propio precepto obliga al titular del predio a adoptar las mayores precauciones a fin evitar todo "peligro, daño, contaminación o perjuicio a las personas o a los bienes" **(46)**.

Ya se señalaba que el derecho a un medio ambiente sano no está formulado de forma expresa en el texto constitucional, pero el mismo se hace explícito en la Ley de Medio Ambiente, ley 81 de 1997, que lo recoge como uno de los principios que la inspiran, a partir del cual deben ser interpretados sus preceptos —art. 4º, inc. a)— de este cuerpo jurídico. Norma legal que actualiza principios, objetivos y conceptos básicos de la política ambiental cubana, el marco institucional y los instrumentos para su materialización, las atribuciones, funciones y deberes de los órganos y organismos estatales y en general, los derechos y obligaciones de las personas naturales y jurídicas. La misma cubre un amplio espectro que incluye 163 artículos. Regula los "principios que rigen la política ambiental y las normas básicas para regular la gestión ambiental del Estado y las acciones de los individuos y la sociedad en general, a fin de proteger el medio ambiente y contribuir a alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible del país".

- *En el siglo XXI:* la novedad aparece en el 2019, con el nuevo texto constitucional en su art. 11, señala que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, inc. b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país. El art. 16, sobre las relaciones internacionales de Cuba, se regula en el inc. f) promueve la protección y conservación del medio ambiente y el enfrentamiento al cambio climático, que amenaza la sobrevivencia de la especie humana, sobre la base del reconocimiento de responsabilidades comunes, pero diferenciadas; el establecimiento de un orden económico internacional justo y equitativo y la erradicación de los patrones irracionales de producción y consumo. En el art. 23 se establece: Son de propiedad socialista de todo el pueblo: las tierras que no pertenecen a particulares o a cooperativas integradas por estos, el subsuelo, los yacimientos minerales, las minas, los bosques, las aguas, las playas, las vías de comunicación y los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica exclusiva de la República. El art. 75, por su parte dispone: Todas las personas tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado. El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. También, en el art. 90, se establece: El ejercicio de los derechos y libertades previstos en esta Constitución implican responsabilidades. Son deberes de los ciudadanos cubanos, además de los otros establecidos en esta Constitución y las leyes: inc. j) proteger los recursos naturales, la flora y la fauna y velar por la conservación de un medio ambiente sano.

En este particular, se analiza la postura de la catedrática Cutie Mustelier, quien refiere sobre este texto constitucional, que actualiza, completa, amplia de manera significativa y sustancial el catálogo de derechos, se logra una ordenación coherente y sistémica, evitando la dispersión o atomización de estos por la preceptiva constitucional, al agruparlos bajo el rótulo de derechos sin adjetivos o sea elimina el calificativo de fundamentales y les confiere a todos los derechos igual jerarquía y valor pues todos independientemente de su naturaleza, de la generación a la que pertenecen y de las clasificaciones de orden metodológico e histórico que existen, son universales, indivisibles e interdependientes y están situados al mismo nivel, o sea ningún derecho es más importante que otro.

Prosigue la autora estudiada diciendo que este texto constitucional declara el principio de progresividad de los derechos, con lo que se deja

(46) Véase, CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daima, "Responsabilidad civil y licencia ambiental. Instrumentos al servicio del desarrollo sostenible", RDAmb. 16, 2008; CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daima, "Estudios...", ob. cit.; REY SANTOS, O. *et al., "La Ley de Medio Ambiente: 20 años después",* Ed. Unijuris, La Habana, 2017.

sentada su condición evolutiva, es decir la tabla de derechos no es un catálogo cerrado, sino que estos se ensanchan y amplían con el desarrollo de la sociedad, quedando la Constitución abierta a la recepción de nuevos derechos y a la interpretación y actualización del contenido esencial de los mismos a tono con las nuevas demandas y exigencias de la sociedad, el desarrollo legislativo de los derechos y la creación por parte del Estado de las condiciones materiales necesarias para su real disfrute y ejercicio. Refiere que se delinea y especifica en mejor medida los límites al ejercicio de los derechos, al establecer como fronteras, los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, a la Constitución y a las leyes. A su vez, introduce nuevos derechos o los llamados derechos de tercera generación tales como: el derecho al acceso a la información pública y a recibir información veraz, objetiva y oportuna, el derecho al agua, a la alimentación sana y adecuada, a la vivienda adecuada y a un hábitat seguro y saludable, el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, y el derecho de los consumidores **(47)**. Como se aprecia, prevalece el dominio del sector público en materia de derecho minero en el ordenamiento jurídico nacional. En el análisis de su progreso en el ordenamiento jurídico, su asidero legal ha partido del derecho constitucional económico; en la materia ambiental se aprecia que tiene su primera expresión en la ley 33 de 1981, sustituida por la ley 81 de 1997, la cual en su Título Sexto establece que las esferas de especial protección del medio ambiente son: la diversidad biológica; las áreas protegidas; las aguas y los ecosistemas acuáticos; los ecosistemas terrestres; la flora y la fauna silvestres; la atmósfera y los recursos minerales **(48)**. El dec.-ley 200/1999, regula las infracciones en materia de medio ambiente. En el decreto-ley 201/1999, se establece la obligatoriedad de obtener una licencia ambiental por toda obra o actividad que se pretenda desarrollar en un área protegida o en su zona de amortiguamiento, salvo que esta resulte expresamente exenta de tal requisito, conforme con lo que se disponga en el plan de manejo.

Con rango de resolución aparece la 132/2009, del CITMA, Reglamento del proceso de evaluación de impacto ambiental; y la res. 103/2008, Reglamento de la Inspección Ambiental Estatal. Por ende, la licencia ambiental aludida, será solicitada para el desarrollo de la fase de investigación geológica, ya que desde esta fase se ejecutan actividades que modifican el terreno, el paisaje o afectan los diferentes ecosistemas terrestres presentes en las áreas sujetas a investigación y en los casos que corresponda se presentará el estudio de impacto ambiental para obtener la licencia ambiental en las fases de explotación y procesamiento, donde se conciben las mayores afectaciones al medio ambiente **(49)**. En materia de salud, la ley 41 de 1983, y el dec. 139/1988 como su reglamento, son aplicables vinculados con los riesgos para la salud y el control de enfermedades, la inspección sanitaria estatal, la atención médica especializada, controlar la contaminación, la imposición de contravenciones. Además, vinculado al tema estudiado, el dec. 54/1984, de Disposiciones Sanitarias Básicas, también es pertinente en las acciones de control sanitario epidemiológico. Con relación al uso del suelo, se aprecia el dec.-ley 179/1993, Protección, Uso y Conservación de los Suelos y sus contravenciones. En materia de Derecho Administrativo Sancionador desde su referente teórico **(50)**, el dec. 222/1997.

(47) CUTIE MUSTELIER, D., "¿Por qué la nueva Constitución cubana es superior?", Ed. Red Jurídica UNJC, La Habana, 2019, disponible en *http://www.unjc.cu.*

(48) PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette, "La constitución económica en Cuba. El derecho público en perspectiva", Ed. Unijuris, La Habana, 2016.

(49) Consúltese, CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daima, "Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad. El derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI", Ed. de la Universidad de La Habana, 2010; TOLEDANO CORDERO, Dagniselys, "Los instrumentos de la gestión ambiental. Garantía de la sustentabilidad en Cuba", *Florida Journal of International Law*, vol. 29, EE.UU., 2017.

(50) Véase, RIVERO ORTEGA, R., "El Estado vigilante", Ed. Tecnos, España, 2000; NIETO, Alejandro, "Derecho administrativo sancionador", Ed. Tecnos, Madrid, 2005, 4ª ed.; BARDAJI FUENTES, Joaquín, "Manual de derecho administrativo sancionador", Ed. Thomson Aranzadi, España, 2005; NIETO GARCÍA, Alejandro, "Derecho administrativo sancionador", Ed. Tecnos, España, 2005, 4ª ed.; HUERGO LORA, Alejandro, "Las sanciones administrativas", Ed. Iustel, España, 2007; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, "El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales", Ed. Thomson-Civitas, España, 2007, 1ª ed.; ROMÁN CORDERO, Cristian, "Derecho administrativo sancionador: ¿ser o no ser? He ahí el

Es válido aclarar que, como nota distintiva, en el ordenamiento jurídico de Cuba, el sistema contravencional, proveniente del derecho administrativo, ocupa el lugar predominante de todas las formas de exigencia de responsabilidad ambiental. No solo por la pluralidad de disposiciones jurídicas en cuerpos de decretos leyes y decretos, sino por la variedad de esferas de protección ambiental vinculadas a la protección de los recursos minerales, en especial a la extracción de minerales, conocido dentro de la materia como derecho minero. Demuestran estos elementos estudiados por los autores del artículo que en el siglo XX en el ordenamiento jurídico cubano fueron promulgadas una serie de normas jurídicas dirigidas a la protección de los recursos naturales vinculadas al derecho minero; ello es otra nota a destacar desde el plano jurídico.

Este desarrollo jurídico analizado se ha ido consagrando en el siglo XXI, con la actualización de la política fiscal a través de la ley 113 de 2012, del sistema tributario, donde se establece un impuesto por la utilización y explotación de recursos forestales, naturales y artificiales, y de la fauna silvestre, independientemente de la actividad que se realice. También se establece el impuesto sobre las utilidades por la explotación de minas y canteras **(51)**. Aquí se aprecia la implementación de los instrumentos de la política fiscal cubana, dirigida por el Ministerio de Finanzas y Precios a través de la Oficina Nacional Tributaria.

En materia de derecho laboral, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como encargado por la Administración Pública, actualiza la normativa legal, lo hace con la promulgación de la ley 116 de 2013, Cód. de Trabajo, establece la relación jurídica laboral en la actividad de la minería, y también ahora regula el sistema de protección e higiene en el trabajo **(52)**, Vinculado a la seguridad social. Con posterioridad, la ley 118 de 2014, Ley de la Inversión Extranjera, establece que el Ministerio de Energía y Minas, puede promover propuesta de negocios con inversión extranjera. Aquí se aprecia también la implementación de instrumentos de la política fiscal cubana.

IV.1. La minería urbana. Análisis de su regulación en el ordenamiento jurídico cubano

Ya se señalaba que la actividad minera en la nación cubana se ejecuta principalmente por la empresa pública del sector estatal, y que hay autorizadas concesiones administrativas a compañías extranjeras para la explotación de recursos naturales, al amparo de lo establecido en el texto constitucional, en la ley 76 de 1994, y en la ley 118 de 2014. En la materia ambiental, se preconiza que la ley 81 de 1997, no advierte en sus artículos pronunciamiento sobre la economía circular. En Cuba, el tratamiento jurídico y normativo de los residuos sólidos comunes y sus principios jurídicos se sustenta en la ley 81 de 1997. Existen normas jurídicas y normas técnicas que de forma complementaria regulan a los residuos y evidencian el postulado del principio de prevención. En el entramado de la Administración Pública nacional, se ha constituido una empresa que se ocupa de la recogida y el reciclaje de las materias primas. Aquí en esta actividad de recolección participan sujetos privados, los que recogen en las ciudades los desechos metálicos y no metálicos objeto de compraventa por la aludida empresa (aluminio, hierro, cobre, bronce, entre otros).

V. Epílogo

La Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible en el 2002, acepta de manera expresa "la realidad de que la sociedad mundial tiene los medios y recursos para responder a los retos" planteados para superar la supuesta dicotomía entre protección ambiental y desarrollo económico por vía de la armonización de ambos procesos. En la cumbre Río+20, del 2012, sobre el paradigma del desarrollo sostenible, se avanzó en el logro de una "economía verde" en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza, y el marco institucional para el desarrollo sostenible.

dilema, Derecho Administrativo. 120 años de Cátedra", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, ps. 107-141.

(51) DÍAZ LEGÓN, O. *et al., "Apuntes sobre la ley 113, del Sistema Tributario, en el marco de las transformaciones económicas en Cuba*. Estudios jurídicos", Ed. Loynaz, Pinar del Río, 2016.

(52) VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia, "Derecho laboral cubano. Teoría y legislación", Ed. Félix Varela, La Habana, 2005.

La minería urbana tiene su génesis en el derecho minero y este desde el Derecho Administrativo Ambiental, ha variado y evolucionado en el tiempo, tiene un enfoque multidisciplinar desde su reconocimiento a partir del plano jurídico desde el derecho internacional, contextualizada su regulación en los textos constitucionales. Se ha desarrollado en los ordenamientos jurídicos a través de contenidos que integran desde el derecho administrativo, el derecho ambiental, el derecho mercantil, el derecho tributario, la informática jurídica, el derecho económico, el derecho laboral, el derecho a la seguridad y salud laboral, entre otras, como dimensión normativa. Desde su dimensión transdisciplinaria se aprecia estar vinculada con la historia, la economía, la contabilidad ambiental, las ciencias ambientales, la ingeniería ambiental, las matemáticas, entre otras disciplinas y saberes.

La llegada del siglo XXI ha caracterizado el símbolo de la reconfiguración global de la cultura humana, señalada por una oleada de innovaciones tecnológicas sin precedentes en la historia. En el mundo el crecimiento de la contaminación ambiental en las ciudades, vinculada con el incremento del uso de dispositivos electrónicos en cifras significantes una vez estos lleguen al final de su vida útil, la población desconoce los términos como minería urbana, logística inversa, economía circular por su impacto socio ambiental al poner en riesgo la salud humana.

El modelo de economía circular se dirige hacia un nuevo paradigma, implica una nueva modalidad de hacer productos desde su mismo origen, desde su diseño, y permite hacer negocios atendiendo al crecimiento económico de la sociedad, a la sustentabilidad ambiental y a la disminución de los riesgos por la volatilidad e incertidumbre de precios de las materias primas y recursos energéticos. Es avanzar hacia una reconciliación con la naturaleza como continuidad del desarrollo sostenible, como parte de las políticas sociales, culturales, ambientales y económicas de la sociedad.

El ejercicio de la minería urbana no establece en el ordenamiento jurídico el uso de normas jurídicas que dispongan los procedimientos legales tales como la tramitación de licencias ambientales, su fiscalización y control; es realizado por sujetos privados que se dedican a la recolecta de residuos sólidos en las ciudades y los comercializan en establecimientos de la empresa de materia primas por un precio fijado por el Estado. Lo que tributa de alguna manera a la higienización de las ciudades y territorios para el desarrollo sustentable a través de la economía circular, no recepcionada en el ordenamiento jurídico nacional.

La gestión ambiental por los actores económicos públicos y privados en Cuba deberá estar enfocada a cumplir el principio de legalidad bajo las normas técnicas ISO 9001 y 14.001, necesitado de una actualización de la Ley Ambiental, la promulgación de una Ley de Empresas y una Ley de Competencias en el ordenamiento jurídico cubano, donde se pondere la observación de la economía circular través de iniciativas que manejan una economía sostenible, donde se perfeccione el uso de recursos para formalizar una economía justa, social, colaborativa y sostenible, que deserte del actual sistema lineal de usar y tirar, en atención a la dimensión económica, política, tecnológica y sociocultural en la implementación del nuevo modelo económico y social.

El control público tendrá un elemento a ponderar en las actividades minero energéticas ejecutado por los órganos de control, exige de un profesional con amplios conocimientos, requiriendo una capacitación técnica y permanente de los agentes económicos afectados, y un conocimiento amplio de las regulaciones legales y aspectos técnicos del proceso de la auditoría, que permita certificar la calidad ambiental como empresa responsable con el ambiente como su finalidad.

La universidad en su responsabilidad con la formación jurídica ambiental, el presente le exige educar para innovar e innovar para educar como protagonistas en nuevos modelos donde el hombre actué de manera responsable en la protección del medio ambiente, y que lo haga con las competencias requeridas, ello tributara a alcanzar la armonía y equilibrio entre el desarrollo industrial, los avances tecnológicos y la naturaleza.

Jurisprudencia en batalla contra el cambio climático: Países Bajos, Pakistán e Irlanda (*)

Santiago Carlos Perramón (**)

Fernanda Elizabeth Valenzuela (***)

Sumario: I. Introducción.— II. Países Bajos.— III. Pakistán.— IV. Irlanda.— V. Conclusiones.

I. Introducción

Tenemos la ferviente posición de que la única manera de vencer al cambio climático, es decir, a la extinción de la especie humana, es con el derecho.

La historia ha demostrado que de nada sirven la ciencia, la economía, la sociología, filosofía y otras ramas, si estas son tomadas en forma aisladas sin ser encausadas por el ordenamiento jurídico.

El ser humano funciona a presión. Y nuestra física nos dicta que, para obtener esa presión, necesitamos de la ley: de su creación y de su ejecución.

En un tema internacionalizado, posmoderno, apocalíptico, existencialista y trágico como nuestra extinción, el derecho viene a ser una salida tal vez única y milagrosa, pero, como todo milagro, con mínimas probabilidades de sucederse.

Hay un ejemplo en el que fundamos los cuatro párrafos que nos preceden, que un poco ha pasado a segundo plano: el agujero de la capa de ozono.

En el año 1987, representantes de 43 naciones firmaron el Protocolo de Montreal. Se comprometieron a mantener los niveles de producción de compuestos clorofluorocarbonados (CFC) de 1986, y a reducirlos en un 50% en 1999. Al hacerse más evidente la urgencia, en 1990, en Londres, vuelven a firmar otro acuerdo, en el que los suscriptores se comprometían a eliminar totalmente los CFC en el año 2000. Una nueva reunión en 1992 en Copenhague adelantó la fecha de eliminación al año 1996.

En gran proporción los CFC fueron sustituidos por hidroclorofluorocarburos (HCFC). Estos últimos no suponen una amenaza para la capa de ozono, pero sí son gases que potencian el efecto invernadero.

Las últimas mediciones realizadas con satélites indican que el agujero en la capa de ozono se está reduciendo. Los compuestos químicos nocivos han ido aumentando su concentración a

(*) Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación "El derecho real de dominio en función ambiental. Desde el modelo de limitaciones administrativas a la propiedad al modelo de ordenamiento ambiental del territorio" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Comahue. Agradecemos la labor de la Lic. Valentina Bencharski en materia de redacción.

(**) Abogado liberal orientado al derecho ambiental, laboral y penal; graduado en la Universidad del Comahue, orientación Derecho de los Recursos Naturales. Fue adscripto y es investigador en la cátedra de Derecho de los Recursos Naturales de su universidad; diplomado en Hidrocarburos por la Universidad Austral; miembro de Derecho Creativo Comahue.

(***) Abogada; directora municipal de legales en la Secretaría de Ciudadanía de la Municipalidad de Neuquén; graduada UNCO con orientación en derecho de los recursos naturales. Fue adscripta de la cátedra de Derecho Administrativo y es investigadora en el Proyecto Función Ambiental del Derecho Real de Dominio. Miembro fundador de Derecho Creativo Comahue.

un ritmo constante hasta el año 2000. Desde entonces, la concentración de CFC se ha reducido a razón de casi un 1% anual.

El descenso permite esperar que el agujero de la capa de ozono pueda cerrarse a mediados de siglo.

Sin embargo, respecto del cambio climático en su conjunto, la reunión internacional no ha dado hasta ahora resultados efectivos. Es decir, que la deliberación en el marco de la Organización de las Naciones Unidas manifestada en tratados internacionales, débiles en sustancia y débiles en práctica, no ha funcionado. La Conferencia de París (COP 21), celebrada en el año 2015, es un ejemplo.

De esta, destacan la no obligatoriedad del cumplimiento de los compromisos de reducción de emisiones, dejando en manos de los Estados su fijación. Lo cual saltea toda posibilidad de fiscalización y sanción.

En este contexto, tenemos que empezar a pensar fuera de los instrumentos de Naciones Unidas donde se pueda buscar un mecanismo que, primero que nada, pueda identificar obligaciones de los Estados respecto al cambio climático, y que no esté sujeto a intereses extrajurídicos que pudiesen subestimar y limitar la responsabilidad estatal.

Por ende, emerge una alternativa interesante, aunque todavía mínima y aislada, que es la litigación climática.

II. Países Bajos (1)

El 20/11/2013, la Fundación Urgenda **(2)**, actuando además en representación de 886 ciudadanos, demandó al Estado de Países Bajos, concretamente al Ministerio de Infraestructuras y Medio Ambiente (*Ministerie van Infrastructuur en Milieu*).

Su principal objetivo radicaba en que el poder ejecutivo holandés para el año 2020 reduzca la cantidad de emisiones de gases efecto invernadero (GEI) respecto a 1990, en un 40% o, al menos, en un 25%.

Basándose en la política climática de Países Bajos, la Corte dictamina que efectivamente este debe reducir al menos un 25% las emisiones de GEI para el 2020. Dictaminan que el Estado debe brindar protección, extensible completamente a la materia ambiental. También debe controlar las emisiones de GEI en su jurisdicción. No es defensa estipular que la responsabilidad del cambio climático excede toda frontera o que a escala mundial el aporte es menor; por más que no sean los únicos necesarios, los esfuerzos de Países Bajos deben materializarse sobre todo por ser un país desarrollado, debiendo tomar el liderazgo.

Ahora bien, se da una cuestión interesante al pensar si el Estado tiene una obligación legal concreta y materializable respecto del cambio climático. En este caso es Países Bajos, pero podríamos imaginarlo con cualquier otro. Lo primero que tenemos que estudiar es la legislación aplicable.

En el caso de Urgenda, tenemos al art. 21 de la Constitución de Países Bajos, por el cual existe un compromiso por parte del Estado de proteger la habitabilidad y el ambiente.

El art. 162 del libro 6 de dicho país también es importante porque regula los agravios y la necesidad de repararlos, en consonancia al 37 del libro 5 **(3)**, que puede ser combinado expresamente con lo anterior. La Corte en este caso comunica que no puede tomarse con un significando independiente. Sumando arts. 2º y 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos, el principio *no harm*, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, entre otros.

Todo esto, a sabiendas de que no hablamos de un "contrato" *a priori*, sino que estamos meti-

(1) Fallo: C/09/456689 / HA ZA 13-1396.

(2) *https://www.urgenda.nl/en/home-en.*

(3) "Article 5: 37 Private nuisance. The owner of immovable property may not, to a degree or in a way that is unlawful according to Article 6:162 of the Civil Code, cause nuisance to owners of other immovable properties by instigating sounds, vibrations, smells, smoke or gases or by denying these owners daylight or fresh air or by taking away the support of buildings or constructions".

dos de lleno en el concepto de responsabilidad civil extracontractual.

Hablar de extracontractualidad en derecho conlleva la dificultad de necesitar un nexo causal sólido (ya que el nexo causal contrato no existe). Para afirmar la existencia de relación de causalidad, el tribunal arremetió contra el argumento de que no se puede identificar al Estado como causante de los daños que se le imputan. No tiene importancia la doctrina de "una gota en el océano" para liberar a Países Bajos de responsabilidad.

Así, la Corte recurrió a la doctrina que establece que, cuando el daño sea el resultado de la acción conjunta de varias fuentes, la responsabilidad se debe repartir a prorrata, de manera que cada parte responda por lo que proporcionalmente le corresponde.

En el caso "Urgenda", esta regla permite afirmar la existencia de relación causal entre, la eventual omisión del deber de cuidado y el resultado del cambio climático al estar aquella referida solo a la parte proporcional del daño atribuible al Estado.

La Corte entiende que es responsabilidad del Estado, al tener este el poder de crear normas y otras medidas, incluida la información, para promover una sociedad sustentable y reducir los GEI.

La atribución es aún mayor con las futuras generaciones, debido a que, a este ritmo, lógicamente, los daños serán mucho más importante cuanto más pase el tiempo. Considero esto importante por el hecho de que, si actualmente está en disputa la existencia de daños, la posibilidad de estos para generaciones futuras salva la cuestión.

Otra cuestión que podemos plantearnos es si tiene una ONG legitimidad suficiente para plantear este tipo de reclamo y exigir tales derechos. Una cosa es destacar la obligación del estado respecto al cambio climático, otra cosa es reconocer concreta responsabilidad respecto de la ONG demandante.

De hecho, los abogados de Países Bajos alegaron que Urgenda no tiene legitimación porque defiende intereses que transcienden las fronteras de ese territorio. Sin embargo, siguiendo el estatuto de la ONG, se menciona como principal objetivo una "sociedad sustentable", entendiendo la Corte tal concepto como extrapolable, protegiendo intereses que no distinguen fronteras. La legislación de este país **(4)** estipula que una fundación o asociación con plena capacidad legal puede iniciar acciones en razón de un interés general o colectivo con la sola condición de asegurar diálogo con el defendido.

Fue avanzando el planteo, pensándose si Urgenda puede interferir en la política climática (y exterior) que realiza el poder ejecutivo de los Países Bajos. *Es decir, si la ONG logra que la Corte resuelva que el Estado tiene que reducir sus GEI, habría una intervención, para algunos, sobre el poder legislativo.*

Sin embargo, la Corte sienta que la tripartición de poderes no es una separación total, sino que se busca obtener un balance. Por lo que un poder no puede predominar sobre otro (en este caso el ejecutivo con su política ambiental). A pesar de esto, aclara que la intervención del judicial (en este caso) se limita a la aplicación de la ley y no a consideraciones o elecciones de política ejecutiva.

La Corte también establece que el demandante no puede posicionarse como víctima directa de los ya mencionados arts. 2º y 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a la vida y a la vida privada, y familiar respectivamente), normas que tienen una importancia sustancial en casos ambientales en ese continente. Además, extendió esto a la legislación en general.

Los jueces dictaminan entonces que por más que Urgenda se atribuya representar personas humanas, este caso concreto es dudoso, y por motivos prácticos terminan impidiendo la protección directa a Urgenda de los dos artículos citados, y que por la misma razón conviene dejar

(4) "Article 3:305a Collective actions ('Class actions')-1. A foundation or association with full legal capacity that, according to its articles of association, has the objection to protect specific interests, may bring to court a legal claim that intents to protect similar interests of other persons".

el tema sin resolver: "The question of locus standi can therefore be left" **(5)**.

Ahora pasaremos a lo que creemos que es la cuestión central en la jurisprudencia: el *efecto reflejo de la legislación.*

Urgenda toma como base el Protocolo de Kyoto y el principio *no harm* (no daño a los otros países). Sin embargo, entiende la Corte en principio que esto genera obligaciones en relación con los demás países del tratado, y no particularmente con Urgenda.

Aun así, la Corte cita el art. 93 **(6)** de la Constitución neerlandesa que permite derivar derechos que estén "conectados con todo", en razón de la vinculación que hace esta regla de las disposiciones de los tratados hacia las personas desde que son vinculados. Entonces, Urgenda no puede directamente ampararse de ese tratado y principio, pero, con la norma constitucional citada, sumada al efecto reflejo, la Corte permitió la aplicación.

Esto último se refiere sobre todo a derechos, conceptos y estándares amplios que acorde al compromiso del firmante se supone que deben ser coherentes respecto a la propia Nación. *La Corte dice que Holanda debe ajustar la legislación nacional con los objetivos internacionales*. Muy interesante incluso desde una cuestión filosófica: la Corte planteó que el estado de los Países Bajos debe ser coherente con sus compromisos, asumiendo puertas adentro, lo que muestra puertas afuera.

¿Por qué consideramos tan importante el efecto reflejo? Porque es un arma fascinante contra el carácter *self-executing o de ejecución propia* de una norma internacional, cuyo cumplimiento depende exclusivamente de la voluntad autónoma del estado firmante. En otras palabras, solo está obligado con los demás estados comprometidos, y en principio, no habría contralor ni sanción ya que no hay un "ordenamiento jurídico mundial" que permita algo parecido.

Aquí queremos hacer un paréntesis. Hemos referido incontables veces a la obligación que surge del Estado. Sin querer que esto parezca una simple sobreexigencia a la Administración Pública (o sea, a nuestros representantes elegidos por nosotros y financiados ellos y sus decisiones por nuestro bolsillo, el de los administrados), emerge el principio de "objetivación de la tutela ambiental".

Este, también llamado principio de vinculación a la ciencia y a la técnica, o bien, principio de razonabilidad en relación con el derecho ambiental, consiste básicamente en la obligación de acreditar, mediante estudios técnicos y científicos, la toma de decisiones en materia ambiental. Ya sea esto en relación con actos administrativos individuales o disposiciones de carácter general, tanto legales como reglamentarias, se refuerza así el deber de contar (siempre y en toda situación en donde pueda resultar afectado el ambiente) con estudios técnicos y científicos serios, exhaustivos y comprehensivos que garanticen el menor impacto ambiental posible **(7)**.

III. Pakistán (8)

Un agricultor llamado Ashgar Leghari recurre a la Corte (case 25501/2015) en razón de la inacción, la demora y la ausencia del estado pakistaní respecto a la vulnerabilidad ocasionada por el cambio climático.

El demandante reclamó específicamente que, pese a que existe una política nacional de cambio climático del año 2012 y un marco de implementación para los años 2014 a 2030, no ha habido ningún avance en la práctica.

Esto, de acuerdo con el agricultor, constituye una seria amenaza a la seguridad alimentaria,

(5) C/09/456689 / HA ZA 13-1396; G. Urgenda's standing 4.109.

(6) "Article 93: Provisions of treaties and of resolutions by international institutions which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published".

(7) PEÑA CHACÓN, Mario, "Los principios de objetivación de la tutela ambiental e irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y su relación con la prohibición de retroceso", *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental,* nro. 25, 2013.

(8) WP nro. 25501/2015.

energética y de recursos hídricos de Pakistán, lo cual vulnera directamente su derecho a la vida, garantizado bajo el art. 9º (derecho a la vida) y 14 (derecho a la dignidad) de la Constitución de ese país.

En otras palabras, la demora y la lentitud del Estado en implementar esto, vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos. Vemos que interfieren en este caso ambiental, los derechos humanos. La Corte Suprema del país asiático analiza la inacción o no de parte del Estado de Pakistán en la implementación de los instrumentos previstos para combatir el cambio climático, y la eventual ofensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos pakistaníes.

Es decir que no hay progreso sobre la base de la política nacional de cambio climático (NCCO, según sus siglas en inglés) planteada en el año 2012 ni por el Marco de la Implementación de la Política del Cambio Climático 2014-2030 (Framework), anunciados por el ministro de Cambio Climático. Esta configura la principal legislación aplicable en el caso.

Ambientalmente Pakistán presenta particularidades. Para este país los efectos del cambio climático ya son una realidad. Al ser una nación sustancialmente agrícola, sufre inundaciones producto del mayor deshielo del Himalaya, a la vez de sufrir épocas de sequias por la falta de precipitaciones. Esta actividad consume alrededor del 93% del agua existente en ese país. Por ende, la seguridad tanto de los alimentos como de agua se ven en riesgo y vulnerabilidad constante.

La Corte entiende al sistema climático como un complejo consistente en la atmósfera, hidrosfera, la criósfera, la corteza terrestre y la biósfera; y sus interacciones. También reconoce como causa antropogénica los daños de tipo social y económico. Teniendo en cuenta que Pakistán no es un gran contribuyente de GEI, sino una víctima del cambio climático, para la Corte los esfuerzos deben recaer sobre todo en *tareas de adaptación*.

Así, los jueces mandan a cumplir el NCCO y el *framework*, aunque lo más destacable es la creación de la Comisión del Cambio Climático (CCC), constituida por representantes de los ministerios y por expertos en la materia.

Es interesante la reflexión de Fernández **(9)**, al decir que la relevancia de este segundo fallo radica, por un lado, en que se enfoca en el problema de la adaptación, materia directamente atingente a los sectores vulnerables y a quienes comienzan a sufrir o sufrirán los efectos del cambio climático, y, a la vez, en que fue planteado por un agricultor particularmente afectado por el proceso climático.

Así, la principal resolución del presente caso es que el retraso y el letargo del Estado en la implementación de los instrumentos para combatir el cambio climático afectan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

IV. Irlanda (10)

El Tribunal Supremo de Irlanda ha dictaminado que el plan nacional de mitigación del cambio climático del gobierno de este país incumple la Ley de Acción Climática y de Desarrollo Bajo en Carbono del 2015. Similar hasta ahora con el caso Pakistán que acabamos de analizar.

Irlanda es el cuarto mayor emisor de CO_2 per cápita de la Unión Europea (UE) y en el 2019 no cumplió sus objetivos de reducir emisiones por un amplio margen. Se comprometió a disminuir un 20% para el año 2020 respecto a los niveles de 2005, pero las cifras provisionales de 2018 de la Agencia de Protección Ambiental (EPA) mostraron una cifra de entre un 5% y 6%.

Para la Corte irlandesa el gobierno debe elaborar un nuevo plan más ambicioso, que cumpla con las obligaciones nacionales en materia de clima y del Acuerdo de París. Se deben reducir los GEI de una manera más rápida.

Esto es muy interesante: el Tribunal Supremo irlandés anuló el plan de lucha contra el calentamiento global del gobierno, que prevé una

(9) FERNÁNDEZ, Juan Carlos, "La reparación de daños producidos al agricultor como derivación del proceso de cambio climático: posibilidades del derecho privado y del derecho internacional privado", ponencia en XIV Congreso Mundial de Derecho Agrario.

(10) Appeal No: 205/19.

transición a una economía baja en emisiones de CO2 para 2050.

Destacable analizarlo junto a Urgenda y el tema de la intervención, influencia o ímpetu del poder ejecutivo de un país, en este caso, de tirar el tablero y volverlo a armar.

La acción fue iniciada por Friends of the Irish Environment (Amigos de la Tierra).

El abogado de la ONG argumentó que un plan del gobierno de 2017 para hacer frente al Cambio Climático no tendría un impacto adecuado en la reducción de emisiones, y que eso viola la ley porque no especifica cómo se alcanzarían los objetivos para el 2050.

Entonces, hablamos de una acción insuficiente gubernamental violando la Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el área de los derechos a la vida, la integridad corporal y a un medio ambiente saludable con dignidad humana.

El tribunal destacó que un plan conforme no es de cinco años, sino más bien uno que cubra el período completo restante hasta 2050.

El grupo ambientalista Friends of the Irish Environment señaló que el fallo debería impulsar al gobierno a tomar más medidas para reducir las emisiones, en este caso, similar a lo que vimos de Urgenda y los Países Bajos.

Hasta aquí tenemos tres fallos en el que el alto tribunal nacional de justicia ha exigido a un gobierno que revise su política climática nacional a la luz de sus obligaciones legales.

V. Conclusiones

Hemos visto que con la litigación climática se pueden obtener resultados como alternativa a los ineficaces tratados en el plano internacional.

Es muy interesante que un ciudadano pueda acudir a un tribunal para interpelar la labor estatal en el marco del cambio climático.

Los tres fallos analizados representan las bases para el desarrollo del derecho del cambio climático a escala del afectado concreto: sea un ciudadano común, una ONG, un agricultor.

Es hora de alzarnos en tribunales.

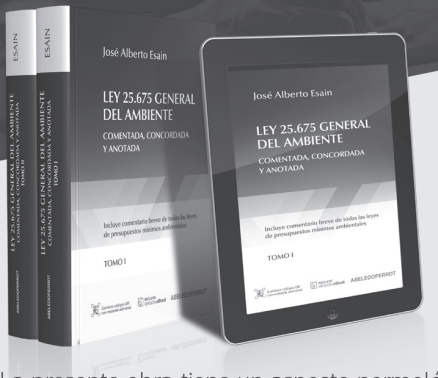
ABELEDOPERROT

Información confiable
que avala sus argumentos.

LANZAMIENTO

LEY 25.675 GENERAL DEL AMBIENTE

COMENTADA, CONCORDADA Y ANOTADA



José Alberto **Esain**

2 Tomos + *eBook*

Contiene códigos QR con material adicional.

La presente obra tiene un aspecto normológico, es decir que hace base en **instrumentos legislativos**, verificando su comportamiento tanto en el ámbito de la gestión administrativa como en la justicia.

El desarrollo del libro contribuye a profundizar el análisis del derecho al ambiente, sus principios y herramientas claves, realizando un **profundo análisis relativo a cada uno de los artículos de la Ley General del Ambiente**. Se realiza una referencia inicial en cada comentario que incluye las **concordancias provinciales**, considerando a nivel nacional, internacional y comparado el **desarrollo doctrinario, jurisprudencial** y los aportes de las organizaciones de la sociedad civil y universidades de marcada trayectoria en la temática.

ESCANEE EL CÓDIGO QR
y acceda al índice interactivo de la colección.
Comience a leer el interior de la obra.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra nueva página de **Linkedin** con **contenido específico** para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

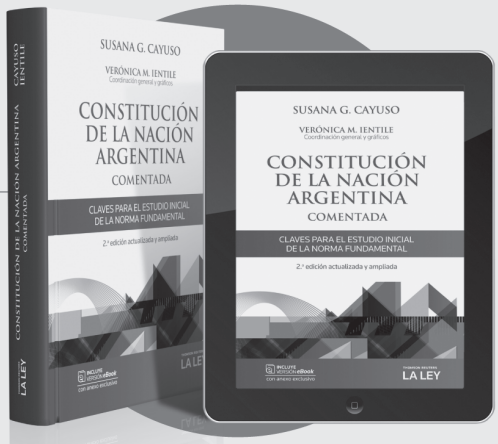
CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA COMENTADA

2021

2.ª edición actualizada y ampliada

Susana G. Cayuso

Verónica M. Ientile
(coordinación general y gráficos)



1 Tomo
Disponible en papel y *eBook*.

Incluye un anexo exclusivo en la versión *eBook*.

La obra está pensada para aquellos que deben abordar las materias que tratan la organización institucional argentina y diversos aspectos del Derecho Público, sin tener conocimientos avanzados del Derecho. Es decir, está recomendada para los que deben iniciarse, de uno u otro modo, en el estudio del texto constitucional, incluyendo a los alumnos de los primeros años de la carrera de Derecho.

Su propósito es analizar las normas constitucionales, entrenar la lectura integral y armónica del texto constitucional, verificar la relación entre normas, principios y valores, descubrir algunas pistas para entender los conflictos constitucionales más relevantes, comprender la problemática del ejercicio relativo a los derechos fundamentales, entender los presupuestos que rigen la relación entre los poderes constituidos e iniciar el análisis jurisprudencial.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam