

RD Amb

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Julio - Septiembre 2021 | 67

DIRECTOR:

NÉSTOR A. CAFFERATTA

 FUNDACIÓN
EXPOTERRA

ISSN 1851-1198

 INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1198
RNPI: 5074815

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

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

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

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

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

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

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

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de agosto 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

Julio - Septiembre 2021 | 67

DIRECTOR:
NÉSTOR A. CAFFERATTA



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

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

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

ÍNDICE

DOCTRINA

El principalismo en el derecho ambiental <i>Edgardo I. Saux</i>	3
Antología judicial y teoría general del derecho ambiental <i>Alicia Morales Lambert</i>	27

RECURSOS NATURALES

El desarrollo sostenible de cuencas y el agua como derecho humano. Marco normativo general y particular <i>Laura R. Lavín - María Cristina Garros Martínez - Rosa I. Torres Fernández - Valeria A. Lombardo - Andrea Mariana Zoricich - Ana Inés Duarte</i>	57
La protección y la conservación de los humedales. ¿Resulta efectiva la protección de los humedales en la Argentina conforme a la normativa vigente? Caso "Parque Nacional Ciervo de los Pantanos, Provincia de Buenos Aires, Argentina" <i>Valeria L. Morón</i>	76
Gestión de cuencas endorreicas de la Puna <i>Carlos Daniel Galli - Valeria A. Lombardo</i>	113
Protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial <i>Pablo D. Ortiz Scilipoti</i>	128

CASOS COMPLEJOS

Argentina, un país nuclear. Segunda parte: Principios ambientales en la gestión de los residuos radiactivos. Legislación provincial "no nuclear": sus contradicciones. Jurisprudencia <i>Laura Victoria Canale</i>	159
---	-----

DERECHO SUSTENTABLE Y DERECHO A LA SALUD

Microbiopolítica y derecho en tiempos de pandemia. La gestación de un orden (socio-)ecológico para una convivencia plural desde el enfoque de la ecología integral

Ana María Bonet de Viola 185

DERECHO PROCESAL AMBIENTAL

El proceso ambiental autónomo en defensa del ambiente de las generaciones futuras

Maximiliano Girbau 197

DERECHO PENAL AMBIENTAL

Las medidas cautelares ambientales en el proceso penal

Julieta González Schlachet 225

PROPIEDAD INTELECTUAL

Las patentes y la actividad inventiva

Claudio G. García 235

ACTUALIDAD AMBIENTAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Caso "Décima, Julia Graciela y otros c. Productos de Maíz SA": análisis de un proceso de 20 años en la provincia de Buenos Aires

Tomás Vasser 243

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

La reciente jurisprudencia ambiental climática. El caso "Shell"

Carlos M. Cuervo 259

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Los derechos humanos, la protección del ambiente, el cambio climático, la protección de los defensores ambientales en tiempo de COVID-19 y lucha contra la corrupción. Resolución del Parlamento Europeo, de 19/05/2021, sobre los efectos del cambio climático en los derechos humanos y el papel de los defensores del medio ambiente al respecto [2020/2134 (INI)]

Carlos Aníbal Rodríguez 269

Del derecho ambiental al derecho ecológico: el caso de Costa Rica

Mario Peña Chacón 288

El sistema de responsabilidad por daño ambiental en la legislación chilena

Cristián Peña y Lillo Delaunoy 295

La bioética y el bioderecho en el ordenamiento jurídico cubano

Alcides F. Antúnez Sánchez - Leaned Matos Hidalgo - Manuel Felipe Ledea 306

DOCTRINA

El principialismo en el derecho ambiental (*)

Edgardo I. Saux (**)

Sumario: I. Los principios generales del derecho.— II. Naturaleza jurídica.— III. Funciones.— IV. Fuentes.— V. Las dificultades de su enunciación.— VI. Voces críticas.— VII. Los principios generales y el derecho ambiental.— VIII. Principios ambientalistas propios y aplicación a la problemática ambiental de los principios del derecho privado.— IX. Conclusiones.

I. Los principios generales del derecho

La temática del *principialismo*, o de la admisión prioritaria de los principios generales del Derecho como fuente normativa reconoce, tanto en derecho comparado como nacional, su aparición en las últimas décadas del siglo pasado, siendo a hoy prácticamente incontrovertible que ella ocupa las vidrieras más luminosas tanto del derecho público como del privado.

Al respecto, hace ya más años de los que quisiera recordar (en 1992), la editorial La Ley tuvo la generosidad de publicarme un trabajo (1), gestado a partir, por una parte, de la inquietud investigativa que me generara la por entonces vigente referencia a los principios generales del Derecho en el art. 16 del Código de Vélez (dentro de la teoría de la hermenéutica) y, por la otra, de un interesante artículo de un desta-

cado jurista español de la primera mitad del siglo pasado (2), quien, contrastando referencias normativas de derecho comparado de la época (entre otros, Códigos italiano de 1942, polaco de 1964, venezolano, ecuatoriano, uruguayo, guatemalteco, mexicano, peruano, paraguayo, colombiano y hasta el viejo Código Civil español de 1888), se preguntaba algo relevante que quizá la jusfilosofía, que desde mucho antes venía debatiendo sobre la naturaleza misma de los principios generales del Derecho, no había analizado en su singularidad: ¿existen principios propios del derecho civil?

En aquella ocasión, y coincidiendo en gran medida con el punto de vista de Bonet Ramón, proponía a nivel personal que, quizás —es muy difícil cobijar certezas en temas tan poco positivistas y tan emparentados con la Filosofía y la Teoría General del Derecho—, podría hacerse referencia a que en relación propiamente con el derecho civil, los principios generales que probablemente aparecen como primarios serían la *autonomía de la voluntad* (3), la que cumple en relación con el negocio jurídico al menos tres funciones primordiales, cuales son crearlo, determinar sus efectos y precisar la ley aplicable, *el orden público* que opera precisamente como límite al ejercicio de esa voluntad privada crea-

(*) Trabajo elaborado sobre la base del presentado para la obra colectiva "Estudios sobre obligaciones y responsabilidad civil en homenaje al académico Félix A. Trigo Represas", del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

(**) Doctor en Derecho (UNL); miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires; exvocal de la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe; exprofesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL) y expresidente de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(1) "Los principios generales del derecho civil", LA LEY 1992-D-839, Cita online: TR LALEYAR/DOC/8221/2001.

(2) BONET RAMÓN, Francisco, "Introducción al derecho civil", Ed. Bosch, Barcelona, 1956.

(3) O "el ámbito de libertad reconocido a las personas para el ejercicio de sus facultades", al decir de DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "El negocio jurídico", Madrid, 1971, p. 12.

dora y dinamizadora del derecho privado (4), y el *equilibrio de las prestaciones*, el cual es un norte buscado por múltiples herramientas jurídicas, tales como la proscripción del abuso del derecho subjetivo, la lesión jurídica, la imprevisión o lesión sobreviniente, la descalificación legal del enriquecimiento sin causa, la doctrina de la frustración del fin del contrato, el principio de la buena fe negocial, el *favor debitoris* y el *favor debilis*, así como la doctrina del *venire contra factum proprium non valet*, todos ellos ahora normativizados en el Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015.

Se podrá argumentar —y sería atinado— que por una parte buscar principios generales del derecho civil es focalizar la mirada tan solo sobre un aspecto puntual de un tema mayor —y lo es, ya que tanto el art. 16 del Código de 1871 como el art. 2º del Cód. Civ. y Com. de 2015 no hablan de “principios generales del derecho civil” (5), sino de “principios generales”, y ello pareciera suponer que se vincula con los del Derecho en general—, y que, para ampliar el objeto de análisis, es necesario no solo recurrir al Derecho positivo sino, fundamentalmente, a la Filosofía del Derecho y al Derecho Público (en lo singular, el Constitucional).

Simplemente hago la referencia, casi de rango anecdótico, para memorar cuál fue, en su momento, la razón de mi primer abordaje medianamente sistemático de un tema tan trascendente como multidisciplinario (6).

(4) Las singulares dificultades que aparecen en la doctrina y la jurisprudencia para perfilar el cabal sentido y el alcance del orden público como principio general fue objeto de otro trabajo de mi autoría titulado "El orden público en la teoría general de las personas", LA LEY del 27/11/2015, ps. 1-4, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3872/2015.

(5) Además de que el Código Civil y Comercial, como su nombre lo indica, no regula solo el derecho civil, sino también el comercial, singularmente en la teoría general del negocio jurídico y en la unificación regulatoria de las obligaciones y los contratos.

(6) A nivel personal, y sin que ello implique referenciar tan solo criterios modestamente míos en la materia, donde tanto y tan bueno se ha escrito, también lo hice en el "Tratado de derecho civil. Parte general", obra en la cual fuera director y coautor (Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. I, ps. 37 y ss.), en "Estudios de derecho civil. Parte general" (Ed. Centro de Publicaciones de la Universidad

Dicho esto, “subamos un escalón” en el análisis del instituto y echemos una mirada —inefectiblemente incompleta y apriorística, a poco que se aprecie todo lo mucho y bueno que tanto en derecho comparado como nacional se ha escrito sobre el tema, lo cual justificaría mucho más que un mero trabajo de doctrina— sobre la noción misma de los principios del Derecho, elemento de singular relevancia en el diseño y la operatividad actual no solo del derecho civil, o del derecho privado, sino de toda la ciencia del Derecho en sí misma.

Se ha dicho, no sin razón (7), que los principios —primariamente considerados como normas jurídicas, concepto este que personalmente no suscribo por razones que expondré *infra*— irrumpen en el mundo de la jusfilosofía cuando Ronald Dworkin presenta una construcción del Derecho que parte de la crítica a una publicación de quien por esos momentos era el exponente más relevante del iuspositivismo, Herbert Hart (“El concepto de derecho”, Oxford, Inglaterra, 1961), señalando el primero (8) que la propuesta de Hart solamente puede tener utilidad para un sistema de “reglas de derecho o del sistema jurídico”, pero que nada dice con relación a un elemento basilar de cualquier sistema jurídico que esté compuesto, como lo están todos, por principios jurídicos (9).

Nacional del Litoral, Santa Fe, 2002, cap. I, ps. 7 y ss.), y en "Los principios generales...", cit.

(7) RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, "Los principios del derecho ambiental desde la concepción de Robert Alexy", RDAmb., enero-marzo, 2020, ps. 24 y ss.

(8) "¿Es el derecho un sistema de reglas?", EE. UU., 1967. Tales conceptos fueron luego sistematizados y ampliados en su conocida obra "Teoría de los derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. *Vide* también al respecto PÉREZ JARABA, María Dolores, "Los derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la teoría de Robert Alexy", CEFD - Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, nro. 24, 2011, ps. 14 y ss.

(9) Quizás, a nivel de precedencias históricas, no debiéramos olvidar la opinión de Norberto BOBBIO ("Teoría general del derecho", Ed. Debate, Madrid, 1991, p. 249), cuando recuerda que la expresión "principios generales del derecho" fue empleada por primera vez a nivel normativo por el legislador italiano de 1865. Pero por los equívocos que podía generar (y que generó) respecto de si debían entenderse como derivaciones del derecho natural o del derecho positivo, se los terminó llamando

Así las cosas, para Alexy —autor, además, de la teoría del *pondus*, juicio de ponderación o *balancing test*, que es el que indefectiblemente debe emplear el operador jurídico para resolver los *hard cases* (10), vale decir, aquellos en los cuales no hay conflicto de reglas sino de principios, siendo disvalioso priorizar absolutamente uno por sobre el otro—, la estructura normativa esencial del sistema jurídico reside en que se integra por dos tipos de normas (11): las reglas y los principios.

Las primeras ordenan un quehacer o conducta que se cumple o incumple, activando en su caso la sanción y generando una mecánica de prelación cuando una colisiona con otra —la ley superior priva sobre la inferior, la ley más nueva prevalece sobre la más antigua, la especial sobre la general, etc. (12)—, que presupone una opción para el intérprete conforme a la cual la adopción de una excluye de modo absoluto la otra.

Los principios, en cambio, son “mandatos de optimización” (13), o “mandatos *prima facie*”,

“principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”.

(10) Al decir de MAC CORMICK, Neil, “Legal reasoning and legal theory”, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 257.

(11) Reitero que en mi modesta opinión los principios generales no son normas, por cuanto carecen de supuestos de hecho y de sanción, siendo puramente mandatos. Pero es un tema que desarrollaré *infra*.

(12) Conf. BOBBIO, Norberto, “Estado, gobierno y sociedad”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 207.

(13) Dicha terminología es adoptada entre nosotros por LORENZETTI, Ricardo L., en su magnífica obra “Las normas fundamentales del derecho privado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, ps. 357 y ss. En ella (p. 363) señala dicho autor que en realidad no hay principios absolutos (aunque den la impresión de serlo), como el de la dignidad de la persona, enunciado en nuestro Cód. Civ. y Com. en el art. 51 al comienzo de la regulación de los derechos y actos personalísimos. No obstante su aparente preeminencia está sometido al juicio de ponderación, por ejemplo cuando entra en conflicto con el derecho a la información. Para Lorenzetti, si bien la dignidad de la persona no es así un principio absoluto “genera una regla que sí es absoluta: la inviolabilidad de la persona, la que no admite gradaciones” (agregamos nosotros, también mencionada junto con la dignidad en el citado art. 51).

que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes frente al caso de colisión, lo que en la realidad es harto frecuente.

Esa referencia a los grados de realización (que se complementa con la regla de la menor privación de efectividad posible del otro principio en colisión) explica su función dentro del sistema jurídico, derivándose de ello que como pauta primaria no son absolutos, al menos frente a otro principio enfrentado (aunque puedan serlo frente a una regla o norma).

También tienen un claro contenido axiológico —de ello también nos ocupamos *infra*—, ya que, si bien no son *valores*, sí tienden a realizarlos, con un sustrato ético subyacente que puede permitir saltar por encima del viejo adagio positivista de *lex, dura lex, sed lex*.

Como lo consigna Lorenzetti (14), los principios generales “en su larga historia” han mostrado dos caracteres que califican su fortaleza:

a) Su simplicidad, vale decir, su formulación —o por lo menos la aspiración a ello— de “tener un conjunto de ideas que guían el cálculo jurídico”.

b) Su jerarquía superior, ya que cualquiera sea la opinión que se tenga sobre su fuente (el derecho natural, un conjunto de abstracciones del derecho positivo, la historia del derecho, o el neoconstitucionalismo), siempre se los ubica

Ello coincide con nuestro punto de vista cuando postularemos, *infra*, que es materialmente imposible formular una *nómina taxativa* o un *numerus clausus* de principios generales, así como proponer una *graduación* de estos a nivel valorativo (es claro al respecto por ejemplo que el principio del respeto a la vida humana es soporte de la vigencia de otros que de él se derivan, pero también es sabido que el titular de su propia vida puede válidamente subordinarla a otro principio que él estime digno de ello, como por ejemplo el salvar la vida de otro, o defender la integridad de la patria).

(14) “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 136, citando a su vez a DE LOS MOZOS, José Luis, “Metodología y ciencia en el derecho privado moderno”, Ed. Ederesa, Madrid, 1977, p. 104, cuando alude a “la concepción principal del derecho”.

“bien alto”, justificando así la multiplicidad de sus funciones (15).

Una diferencia relevante entre las teorías jusfilosóficas de Dworkin y Alexy sobre el tema (siendo que de algún modo la una ensambla luego con la otra) es que para el primero el principialismo era excluyentemente aplicable a los derechos individuales, mientras que el segundo incorpora su campo de acción también a los derechos colectivos, o de incidencia colectiva.

Como se lo ha puesto de resalto desde la jusfilosofía (16), los principios generales a partir de los trabajos de Dworkin y Alexy (entre otros) han adquirido singular preponderancia dentro de la Teoría General del Derecho, lo que ha determinado que voces como las de Luis Prieto Sanchís (17) digan que vivimos en estas primeras décadas del siglo XXI la “Edad de oro” de los principios generales del Derecho.

Todo ello ha determinado relevantes efectos que exorbitan claramente el ámbito del derecho civil, tales como por ejemplo la revalorización de los derechos humanos subsiguiente a las grandes crisis bélicas del siglo pasado, las integraciones económicas regionales que permiten superar las vallas de las estructuras normativas proteccionistas locales para permitir el intercambio comercial económico y cierta uniformidad jurídica sobre pautas comunes a veces

(15) De ello nos ocupamos *infra*, en el apart. III del presente trabajo, al cual nos remitimos.

(16) V. entre nosotros VIGO, Rodolfo L., “Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 1. En alguna conversación privada que hemos compartido con él, se ha lamentado —sin dejar de reconocer las bondades singularmente del Título Preliminar del Cód. Civ. y Com., donde de alguna manera anida el espíritu jusfilosófico del legislador de 2015— que en ella no haya participado singularmente algún representante de la Filosofía del Derecho. En tal sentido, expresaba, la ubicación de los principios generales dentro del art. 2º de ese Título Preliminar y citado como elemento de interpretación normativa (como lo hacía el viejo art. 16 del Código de Vélez) le quita eficacia jurídica de rango genético, la cual, aun reconocida por la doctrina bajo la designación de “principialismo constitucional”, hubiera determinado que aparecieran citados en el art. 1º, como fuentes del derecho, y no como mera herramienta de hermenéutica.

(17) “Sobre principios y normas”, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 17.

aún no escritas (18), la vigencia constitucional o suprallegal de los tratados sobre derechos humanos (que nuestra Constitución Nacional desde el año 1994 consagra en su art. 75, inc. 22), el admitido desprestigio de la ley como paradigma de la norma escrita y la revalorización de la figura del juez como intérprete final de ella (19), y hasta el fenómeno del *big bang* legislativo o codificante del que habla Lorenzetti (20).

Desde la mirada de la jusfilosofía, Perelman (21) apunta que los juicios de Núremberg, en los cuales se juzgaran a los jerarcas nazis por las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial a nivel de derechos humanos, ponen en crisis el modelo jurídico concebido por Hart como “sistema de reglas” (*system of rules*), que reducía desde el positivismo el Derecho a la ley, dado que se hizo preciso, para respetar el principio penal del *nullum crimen sine lege*, afirmar la existencia de un principio general del Derecho reconocido por las naciones civilizadas, vinculado con el respeto a la *dignidad humana*.

Entre nosotros, Álvarez Gardiol (22), coincidiendo en ello con el criterio de Pablo López Ruf (23), apunta que en realidad la obra de Dworkin —elogiable en sus proyecciones, si bien podría genéricamente vincularse con lo que el mismo autor denominara “renovaciones del jusnaturalismo”— no se adecua en realidad

(18) GALGANO, Francesco, “La globalización en el espejo del Derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, trad. H. Roitman y M. De la Colina, lo explica a través del reverdecimiento de la nueva *lex mercatoria*.

(19) *Ibid.*, p. 130 alude a “la supremacía de la jurisdicción sobre la legislativo”, y da allí sus razones.

(20) “Las normas fundamentales...”, cit., p. 13, en referencia a la centralidad de los Códigos de fondo, pero al contexto de normas estatutarias singulares que “orbitan” a su alrededor y los complementan.

(21) PERELMAN, Chaim, “La lógica jurídica y la nueva retórica”, Ed. Civitas, Madrid, 1979, p. 103.

(22) ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, “Epistemología jurídica”, Ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 2010, p. 319.

(23) “¿Puede calificarse de jusnaturalista la teoría de Dworkin?”, *Ideas y Derecho, anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, sección nacional de IVR, año II, nro. 2, Buenos Aires, 2002, p. 223.*

a los postulados clásicos de dicha corriente de pensamiento, en tanto no propone “verdades eternas sino soluciones pragmáticas, remedios concretos que garanticen el orden y las relaciones de poder”.

Como fuere, pareciera resultar razonablemente claro que como lo interpreta Vigo (24) en Dworkin aparece una “inequívoca afiliación antipositivista”, además de una “clara adscripción al pensamiento jusnaturalista”.

Ya nuestra tan querida, admirada y recordada María Josefa Méndez Costa (25) proponía que el viejo art. 16 del Código de Vélez Sarsfield —vigente cuando escribiera esa obra, pero con cierto transvasamiento al actual art. 2º, Cód. Civ. y Com.— contenía una doble alusión a la cuestión, ya que por una parte remitía a “los principios de leyes análogas” y por la otra a “los principios generales del Derecho”, lo cual evidenciaba “la preocupación del legislador para normativizar su operatividad” (26).

Lo real es que, como se lo ha señalado con acierto, cuando se indaga sobre el concepto mismo de los principios generales, su esencia y sus alcances o su operatividad, “el único rasgo consensuado que se encuentra entre quienes lo abordan sea el de la denominación” (27).

Otro tanto, según veremos *infra*, es predicable con relación a sus fuentes, sus funciones y su enunciación. También es objeto de debate su posicionamiento frente a otros elementos de in-

(24) VIGO, Rodolfo L., "Perspectivas jusfilosóficas contemporáneas = Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, ps. 167 y ss.

(25) "Los principios jurídicos en las relaciones de familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 11.

(26) En esa misma interesante y basal obra jurídica, Méndez Costa proponía algo que nosotros compartimos plenamente, cual es el hecho de la existencia de principios generales de todo el ordenamiento, de sub principios, y de principios de ramas o instituciones determinadas, sosteniendo (por caso) que la *pietas familiae* es un principio propio del derecho de familia con operatividad solo dentro de sus fronteras.

(27) DIEZ-PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, "Sistema de Derecho Civil", Ed. Tecnos, Madrid, 1990, vol. I, p. 160.

tegración misma de la teoría general del derecho, como son los valores (28).

Pero veamos un elemental paneo.

Por caso, en España Federico Puig Peña (29) los perfila como aquellas verdades o criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación, conforme a un determinado orden de cultura, condensados generalmente en reglas o aforismos, transmitidos tradicionalmente, y que tienen una virtualidad o eficacia propia con independencia de las normas formuladas de modo positivo” (30). Otro destacado jusfilósofo español contemporáneo, Manuel Atienza (31), halla el líquido amniótico de gestación de los principios generales en las normas constitucionales de las cuales ellos derivan (32).

En Italia, Emilio Betti (33) hacía alusión a “orientaciones e ideales de la política legislativa”, que sirven “como criterios programáti-

(28) Sin perjuicio de algunas reflexiones que haremos sobre ello *infra*, resulta por ejemplo interesante la opinión de Emilio MORO (“¿Qué hacer con los principios generales del Derecho?”, Ed. Librería Cívica, Santa Fe, 2003, ps. 33 y ss.), quien entiende que los principios generales no cumplen una función instrumental de los valores jurídicos, sino que integran ontológicamente la categoría de “entes valores”, y, por ende, deben también ser captados por la axiología.

(29) "Los principios generales del Derecho como fuente normativa de la decisión judicial", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, t. XL.

(30) Al día de hoy, tal diseño conceptual colisionaría con la clara tendencia (en derecho comparado y nacional) a la "positivización" de los principios generales, vale decir, a su consagración en textos legales de los cuales, como hemos dicho *supra*, el Código Civil y Comercial es nítida evidencia.

(31) "Argumentación y Constitución", http://www3.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf, cita hecha por DEPE-TRIS, Carlos E., en SAUX, Edgardo I. (dir.), "Tratado de derecho civil...", cit., p. 302. Resulta singularmente ilustrativo el tratamiento que el mencionado autor santafesino asigna al tema de los principios generales, al tratar las fuentes del Derecho dentro de la obra de referencia, y es recomendable su consulta.

(32) Punto de vista al cual, al momento de aludir a las fuentes de los principios, manifestaré mi adhesión.

(33) "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 283.

cos para la tarea del legislador”, que tienen una esencia valorativa o axiológica y que por ende no requieren formulación normativa específica (34). Gustavo Zagrebelsky, también desde Italia y más acá en el tiempo, en su magnífica obra “El Derecho dúctil” (35), en la cual hace una inteligente y detallada distinción entre el derecho de las “reglas” y el derecho de “los principios”, asigna a estos el rol no de proporcionar criterios para tomar posición frente a situaciones determinadas (al no tener formato normativo, los principios generales carecen tanto de supuesto de hecho como de sanción) —como sí lo hacen las reglas—, sino que “generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión o apoyo hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda frente al caso concreto” (36).

También en la península itálica, Norberto Bobbio se inclina por sostener que los principios generales no son sino normas fundamentales y generalísimas del sistema, “las más generales” (37), coincidiendo con autores como Crisafulli y García Maynez (38) en cuanto a que, si los principios se obtienen “mediante generalizaciones sucesivas”, con un método inductivo, a partir de normas particulares, no habría razón para que en algún estadio de ese proceso cambien de esencia y dejen de ser “normas”.

Díez-Picazo y Gullón (39), en un criterio intermedio —entre los “normativistas” y los que niegan esa esencia— sostienen que, si bien los principios generales no pueden extraerse a tra-

vés de un proceso de abstracción del propio contexto jurídico normativo, tampoco pueden derivarse exclusivamente de reglas del derecho natural, siendo “normas jurídicas que suministran pautas de conducta, reconociendo que muchos de ellos —la mayoría— tienen enunciación constitucional directa o indirecta”.

Prieto Sanchís, por su parte (40), consigna que las regulaciones principialistas “son fruto de las constitucionales modernas”, coincidiendo en ello con Alexy en calificarlos como “mandatos de optimización” del sistema normativo positivo.

Entre nosotros, y limitándonos a un mero muestreo de puntos de vista, Rodolfo L. Vigo (41), enrolado en lo que concierne al tema en la *moral thesis* de Dworkin, entiende que “el contenido de los principios jurídicos fuertes coincide con los derechos humanos fundamentales (...) que le son atribuidos al hombre por la sola razón o título de su condición de tal”.

Para Ricardo Lorenzetti (42), “el principio es un enunciado normativo amplio que permite solucionar un problema y orienta un comportamiento, resuelto en un esquema abstracto a través de un procedimiento de reducción a una unidad de la multiplicidad de hechos que ofrece la vida real”, reiterando, asimismo —y en tal sentido—, que coincide con Alexy cuando el insigne jusfilósofo alemán los identifica como “mandatos de optimización”.

En la visión de Elías Pablo Guastavino (43) los principios generales “son criterios normativos coercibles de la conducta intersubjetiva, que provienen de la idea de justicia y que en el caso de los pertenecientes al derecho positivo, se obtienen por progresivas y cada vez más amplias generalizaciones del entero ordenamiento jurídico”, mientras que un relevante filósofo argentino como Carlos Cossio —autor de la denominada “escuela egológica”— postulaba que

(40) “Sobre principios y normas”, cit., p. 22.

(41) “Los principios jurídicos...”, cit., ps. 9 y 21.

(42) “Teoría de la decisión judicial...”, cit., p. 135.

(43) “Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva. Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley”, JA 1997-III-84.

(34) Surge palmariamente que el postulado que cada autor sostenga echa sus raíces en el concepto que cada uno de ellos tenga sobre la esencia (normativa o no) de los principios generales, tema que tratamos *infra*.

(35) “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, Ed. Trotta, Madrid, 2003.

(36) Va de suyo que, sin perjuicio de que a nivel personal coincidimos en esa mirada dinámica y hasta casuística de la noción misma de lo que es un principio general, siempre lo estamos calificando por su modo de operar y no por su esencia, tema este que de alguna manera se relaciona más con el debate sobre sus fuentes, al cual aludimos brevemente *infra*.

(37) “Teoría general...”, cit., p. 239.

(38) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, “Filosofía del Derecho”, Ed. Porrúa, México, 1986, p. 313.

(39) “Sistema de derecho civil”, cit., p. 160.

ellos “son juicios estimativos de valor muy general o supremo capaces de determinar la conducta de los hombres en razón de su intrínseco valor, de manera que faltando la norma legal que configure el comportamiento, siempre es posible traer a cuento una norma que surja de aquel juicio estimativo preexistente a la acción legislativa, y al juicio de valor original que ella puede implicar” (44).

También desde la jusfilosofía, el recordado y tan querido profesor Ariel Álvarez Gardiol (45) entendía que “los principios generales constituyen aquel conglomerado de pautas rectoras que se constituyen en el elemento esencial de todo el sistema positivo, no solo como un fundamento sino como una razón vital que supervisa la realización del conjunto, haciendo que evolucione, se modifique y cambie, siempre conforme a los principios eternos de la Justicia”.

Va de suyo que intentar tan siquiera hacer una nómina medianamente integral de las conceptualizaciones que se han propuesto del tema objeto de nuestro análisis resultaría, además de extenso y agotador, estéril.

Hay diferencias ontológicas de posicionamiento en relación con el concepto mismo de los principios generales que, aun abordadas primaria y prioritariamente desde la jusfilosofía, tienen como objeto de estudio un concepto claramente interdisciplinario y además supralegal (46), pero quizás, de algún modo, con una mirada que sobrevuele esas turbulencias tan propias de los debates de las ciencias sociales, podemos encontrar en casi todas las propuestas pautas comunes que son calificantes del concepto mismo: su no indefectible consagración legal expresa, su rango supralegal, sus funciones no solo hermenéutica sino también directiva, integradora y descalificadora, su carga axiológica

(44) “Los principios generales del Derecho y la reforma del Código Civil”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, nro. XI, 1940, p. 150.

(45) “Manual de introducción al Derecho”, Ed. Juris, Rosario, 1995, 2ª ed.

(46) Hay autores, por ejemplo, que los ubican dentro de la axiología, prácticamente identificándolos con los valores que en realidad no son principios, sino metas de ellos, en tantos otros los computan dentro de la axiosofía.

ca y, hasta si se nos permite dentro de una mirada contemporánea del tema, dos facetas que tienden a ganar cada vez más adeptos: su directa conexión con el fenómeno globalizado de la constitucionalización del derecho privado y con la identificación de las reglas constitucionales y convencionales como fuentes prioritarias, y por otro lado el modo singular de afrontar los conflictos o controversias que se suscitan ya no entre reglas, sino entre principios, generando lo que Dworkin denominaba *the hard cases*, y que Alexy propuso resolver a través de su teoría del *pondus* o juicio de ponderación (47).

Dicho esto, vamos a tratar de bucear (no en las profundidades, apenas con un *snorkel*) en algunas de las muchas facetas que su puesta en operatividad ofrece al operador jurídico.

II. Naturaleza jurídica

Básicamente, el debate se centra en una controversia madre: los principios generales, ¿son normas jurídicas (superiores, no escritas, derivadas del ordenamiento todo, o del derecho natural, o de las fuentes constitucionales), o no tienen formulación normativa?

Honestamente, y con el mayor de los respetos hacia las distinguidas voces que se han enrolado en uno y otro punto de vista, nos parece una discusión más bizantina que pragmática (48).

(47) El tema en sí, digo el del conflicto o controversia de principios, es de la mayor relevancia y actualidad, y cuenta con jurisprudencia cotidiana y relevante, siendo quizás uno de los capítulos más operativos de la teoría de la decisión judicial. Deliberadamente no nos adentramos en su análisis por una cuestión metodológica, ya que más allá de las reflexiones que nos permitimos aportar sobre la temática general de los principios generales, nuestro designio es mirar su proyección hacia el novedoso campo del Derecho Ambiental, lo que acota también de alguna manera nuestro quehacer y nos hace desaconsejable abundar en tantos y tan relevantes atajos que se derivan del camino principal que lleva por nombre “Los principios generales del Derecho”. De todos modos, para el lector interesado, hay abundante bibliografía tanto nacional como comparada que, a partir de la obra de ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, cit., han analizado en profundidad sus postulados.

(48) No se nos escapa que si sostenemos que los principios son normas, son por ende reglas (la norma jurídica es una verdadera “regla de derecho”, integrada por un supuesto de hecho, un mandato o deber ser y una sanción vinculada al incumplimiento del mandato), y por tanto

Pero veámosla.

Uno de los primeros —y más enfáticos— sostenedores del aserto conforme al cual los principios generales no tienen formulación normativa fue Emilio Betti (49).

En su parecer, siendo ellos nada más que “orientaciones o ideales de política legislativa, que cumplen la función de criterios programáticos para la tarea del legislador”, teniendo esencia valorativa o axiológica no requieren de una estructura lógica de formulación.

En similar punto de vista, Dworkin (50) propone que el término “principio”, en sentido genérico, implica un conjunto de estándares que no son normas, ya que ellos, por la fuerza misma de su esencia, no se conmueven en su eficacia prescriptiva ante la eventualidad de su no acatamiento. Coincide con ello Rodolfo Vigo (51).

Desde otra perspectiva, Norberto Bobbio (52) —entre otros— asume que los principios generales “no son sino normas fundamentales y generalísimas del sistema, las normas más generales”, agregando que, si los principios se obtienen mediante generalizaciones sucesivas a partir de normas particulares, es impensable que en algún estadio de ese proceso lógico cambien de naturaleza. Reflexiona, asimismo, que,

su conflicto debiera ser resuelto conforme a las pautas que históricamente se emplean para así hacerlo (la norma posterior sobre la anterior, la superior sobre la inferior, la especial sobre la general, etc.), en tanto que precisamente toda la sistemática de resolución de casos cuando colisionan principios, ubicando en ellos esferas de incidencia que debieran por el intérprete ser reducidas a la menor afectación posible, que fuera obra primigenia de Alexy, pareciera no tener cabida ante aquel predicado. De todos modos, creemos que, en el estado actual de cosas, se piense que los principios son normas o no, sino meros “mandatos de optimización” —que incluso tienen poder jurígeno superior a una norma—, parece indefectible la necesidad de echar manos al juicio del *pondus*, y la jurisprudencia, singularmente de nuestra Corte federal, cada vez lo evidencia con mayor énfasis.

(49) "Interpretación de la ley...", cit., p. 283.

(50) "Los derechos en serio", Ed. Ariel, Barcelona, 1984, p. 72.

(51) "Los principios generales del Derecho", JA 1986-III-868.

(52) "Teoría general del Derecho", cit., p. 239.

si bien algunos principios no son inferibles, sino que se dan de modo inmediato en todo su alcance general, la función principal que cumplen (su rol integrador de la laguna normativa) es ofrecer modelos prescriptivos de conducta a los operadores jurídicos, con lo cual en nada difieren de las normas particulares.

Si bien su razonamiento —como no podía ser de otro modo— contiene una lógica discursiva difícil de contradecir, nos permitimos no compartirla, fundamentalmente por las razones que ya adelantamos (y que, obviamente, no son nuestras, sino de autores ya mencionados como Ronald Dworkin y sus postulados jusnaturalistas, quizás a hoy *aggiornados* con el denominado “principialismo jurídico”, que bucea en sus esencias no ya en el a veces inasible campo del derecho natural, sino en el más concreto y positivizado derecho constitucional, convencional y, por ende, supralegal).

Y ellas tienen que ver, básicamente —además de con nuestra adhesión a ese ámbito genético del principialismo contemporáneo—, con su propia estructura lógica o propositiva, en la cual nítidamente está ausente, cuando menos, la sanción ante el incumplimiento del mandato, activado a su vez por la concreción del supuesto de hecho que tampoco parece vislumbrarse ante la enunciación de un principio.

Podríamos debatir con relación a si en los principios generales esa *fattispecie* adquiere o no autonomía operativa (en definitiva, como lo proclama el art. 1º, Cód. Civ. y Com., la legislación jusprivatista regula “casos” y no “hipótesis”), pero creo que no es sostenible que ante el claro “mandato” (el principio en sí lo es, como ya lo postularan Dworkin y entre nosotros Lorenzetti, siendo en pureza “un mandato de optimización” de conductas ante casos concretos que lo activan), el principio, a diferencia de la norma, no contiene sanción.

Y allí reside quizá la diferencia esencial entre Hart y Dworkin en su debate sobre un sistema “de reglas” o un sistema “de principios”, como lo hemos enunciado *supra*. Y la diferencia esencial entre uno y otro se advierte en el modo o los caminos para resolver conflictos (entre reglas o entre principios), de lo cual deriva la sustancialidad de la distinción.

Es cierto que se computan también opiniones intermedias, como las de Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón (53), para quienes los principios generales no se pueden obtener de un mero proceso de abstracción del propio contexto normativo positivo, aunque tampoco sería aceptable derivar su génesis de las puras reglas del Derecho Natural. Para ellos, a los principios generales del Derecho quien los dota de valor es la convicción social, que es quien los crea y quien en definitiva los mantiene, con lo cual no dudan en calificarlos como verdaderas normas jurídicas en sentido no formal sino sustancial, “pues suministran pautas o modelos de conducta”, reconociendo paralelamente que muchos de ellos tienen consagración constitucional.

Ricardo Lorenzetti (54) entiende que ese debate, originariamente tan encendido, vinculado con si los principios generales son reglas o no, o si derivan del ordenamiento positivo por un método de sucesivas abstracciones, o si son fruto directo del derecho natural, o son un producto histórico, se ha relativizado sustancialmente a partir del entramado de tratados internacionales que han sido constitucionalizados, incorporando una multiplicidad de principios (a la que juzga incluso excesiva o “abrumadora”, empleando una expresión de Stefano Rodotà (55), en el sentido de que esa exacerbación conlleva el riesgo de “legislar por principios y no por supuestos de hecho”) que, al plasmarse en esas normas superiores, se positivizan. Con ello, para el destacado jurista argentino bajo cita, los principios generales serían “normas inacabadas”, o “normas *prima facie*”, proyectadas “hacia el mayor grado posible de acatamiento según las circunstancias del caso”, lo cual las califica con el ya propuesto calificativo de Ronald Dworkin en el sentido de que son “mandatos de optimización” (conductual y valorativa).

Es muy relevante al respecto la opinión de Gustavo Zagrebelsky (56) en el sentido de que en la mirada positivista los principios genera-

les funcionaban como una suerte de “rueda de auxilio” del sistema, con una función preponderantemente integradora de lagunas existentes en él (57), criterio que al día de hoy debe considerarse como claramente insuficiente. Para el distinguido jurista italiano, tal postulado encierra además en sí mismo una contradicción, por cuanto asigna a las normas de “mayor densidad de contenido” —los principios— una función meramente accesoria de la que desempeñan las normas cuya densidad es menor —las reglas—, lo que deriva del “permanente prejuicio” de pensar que en realidad las verdaderas normas son las reglas, mientras que los principios “son solo un plus”, algo que “solo es necesario como válvula de seguridad del ordenamiento”. Por el contrario, los principios son quienes orientan a las reglas o normas, e implican una “toma de posición (...) en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente, una cuestión de principio”.

Lorenzetti (58) agrega una pintoresca referencia a una de las características relevantes de los principios generales —que a su vez los diferencian de las reglas—, cual es su “indeterminación”.

En ese sentido, expresa que las reglas tienen una determinación precisa en su supuesto de hecho (v.gr., “El límite de velocidad máxima es de 100 km/h”). Con ello, en su aplicación la primera labor es subsumir los hechos en el derecho, deduciendo en ello la conclusión (quien conduce a más de 100 km/h está violando la regla).

Los principios, en cambio, son indeterminados, porque carecen de un supuesto de hecho específico. Así, si se utilizara un principio en lugar de una regla para regular la velocidad en el tránsito, dicho principio debería ser enunciado como “conduzca de manera que no dañe a otro”, pero sería extremadamente difícil en tal caso determinar la velocidad en cada caso en función de las circunstancias.

(53) "Sistema de derecho civil", cit., vol. I, p. 160.

(54) "Teoría de la decisión judicial...", cit., ps. 137 y ss.

(55) "Ideologie e tecniche della riforma del Diritto Civile", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1967, t. I, p. 86.

(56) "El derecho dúctil...", cit., ps. 116 y ss.

(57) Ver también al respecto DEPETRIS, Carlos E., ob. cit., ps. 304 y ss.

(58) LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. I, p. 38.

De ahí que al no haber un supuesto de hecho (59) no se aplica la deducción (como subsunción del hecho en el derecho), siendo entonces los principios “guías para el razonamiento legal”, buscándose que se cumplan de la máxima manera posible, pero siempre a riesgo de entrar en colisión con otro principio, lo cual pondrá en juego la teoría de la ponderación de Alexy que busca evitar exclusiones absolutas y lograr ámbitos de mera exclusión parcial de ambos principios en pugna.

III. Funciones

Hemos ya hecho referencia *supra* a que, tradicionalmente (me refiero, en el contexto de nuestro Derecho positivo civilista) tanto del texto del art. 16 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield como del art. 2º del Cód. Civ. y Com. de 2015 pareciera derivarse que la función, si no al menos única pero sí primordial, sería el rol hermenéutico, vale decir, el de elementos de interpretación de las normas inferiores.

Pero a hoy nos parece claro que dicho designio excede con mucho tal función, siendo claro que aparecen otras, tanto o más relevantes.

A título personal (60) hemos propuesto que ellos asumen cuanto menos cuatro funciones primordiales:

a) Una función *interpretativa o hermenéutica*, que como señaláramos era la que le asignaba el art. 16 del Cód. Civil de 1871, y de alguna manera la que pareciera mantenerse conforme al texto del art. 2º del Cód. Civ. y Com. del año 2015.

(59) CASSAGNE, Juan Carlos, en su trabajo "El principio de legalidad y la interdicción de arbitrariedad" (cap. V de *Sobre la ley, el poder discrecional y el derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 102 y ss.), dice de manera contundente que "los principios carecen de supuestos de hechos, los que deben ser cubiertos, en principio, por los legisladores o jueces, dadas las restricciones que pesan sobre la Administración para determinar su propia competencia".

(60) SAUX, Edgardo I., "Los principios generales del derecho civil", LA LEY del 26/08/1992, cit., así como "La subrogación real como principio general en el derecho privado patrimonial", cit., p. 37, y "Tratado de derecho civil. Parte general", cit., t. I, p. 42.

Según ella, las leyes —como fuentes primordiales del Derecho— deben interpretarse “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” (61).

La reiteración que el Cód. Civ. y Com. en su art. 2º hace de la ubicación de los principios generales entre los elementos de interpretación de las normas (y no como verdadera fuente de ellas, lo que hubiera supuesto mencionarlos en el art. 1º), ha llevado a que cierta calificada doctrina aluda a que en la codificación jusprivatista del año 2015 hubo apenas “un tímido reconocimiento de los principios” (62). Ciertamente es que, más allá de tal ajustada crítica, los fundamentos del mismo Proyecto, en tanto aluden a que el derecho no está constituido solo por normas sino también por principios y valores, así como la referencia primaria entre las fuentes del derecho de la Constitución Nacional y los tratados internacionales (fuentes a su vez de los principios generales), relativizan de alguna manera su apriorística contundencia.

Es relevante la distinción conceptual que la norma de marras hace entre “principios” y “valores” jurídicos. Compartimos el criterio de quienes, como Elías Guastavino (63), entienden

(61) Art. 2º, Cód. Civ. y Com. El art. 16 del Código derogado mencionaba como elementos de interpretación de las normas las palabras, el espíritu de la ley y "los principios de leyes análogas" (lo que se interpretaba uniformemente no como referencia a principios generales, sino a la analogía *a pari o a fortiori*) agregando que si, más allá de ello, persistían dudas, debía recurrirse "a los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

(62) VIGO, Rodolfo L., "El derecho y la interpretación en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial", RDPyC 2012-2, "Comentarios al proyecto de reformas al Código Civil y Comercial", p. 49.

(63) "Sistema y axiología del derecho civil", LA LEY 138-1035. El mismo autor, en "La seguridad jurídica y el principio de subrogación real", JA, 80 aniversario, Buenos Aires, 1998, p. 254, considera que los principios son "criterios normativos coercibles defendibles por acciones judiciales" —incluyendo entre ellas al recurso extraordinario federal y a la acción de amparo—, en tanto que los valores son "metas", "fines", pautas u "hontanares" a concretar según la apreciación discrecional del autor de las normas. Ejemplifica tal distinción conceptual dicién-

que los principios no “son” valores, sino que tienden a realizar valores, siendo los primeros analizados por la axiosofía, y los segundos por la axiología.

En similar punto de vista se manifiesta Tobías (64), quien con cita de la opinión de Lorenzetti expresa que “los valores son el contenido de los principios”, ya que estos últimos “contienen una idea o referencia valorativa”, y a ellos se refiere la Constitución Nacional (v.gr., “bienestar general”, “afianzar la justicia”) así como las leyes (el mismo Cód. Civ. y Com., art. 17, “valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario, social”) (65).

El citado prestigioso jurista argentino —profesor consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y miembro pleno secretario de la Academia Nacional de Derecho de la misma ciudad— recuerda que de la lectura de los fundamentos que elaboró la Comisión Redactora del Proyecto de Cód. Civ. y Com. en el año 2012 (66) se puede inferir que ella asigna a los principios generales del derecho al menos tres funciones esenciales: a) *axiológica* (recordando abundante jurisprudencia de la Corte federal que ha descalificado constitucionalmente decisiones judiciales que contrarían valores), b) *supletoria* (como elemento integrador frente a las lagunas del derecho con una función orientadora y crítica de la producción jurídica indicando sus fines fundamentales), y c) *interpretativa* (que es la que plasma el art. 2º de marras).

do que por ejemplo “un principio general del derecho, como la subrogación real, contribuye a consolidar el valor jurídico de la seguridad en su aspecto dinámico, puntualmente a través de estructuras tales como la doctrina de la apariencia y la regla de la buena fe”.

(64) TOBIÁS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, p. 308.

(65) Art. 17 del citado Cód. Civ. y Com., al regular el carácter de bienes no patrimoniales del cuerpo humano y sus partes.

(66) Recuérdese que, metodológicamente, el Cód. Civ. y Com. prescindió de las notas que tenía el Código derogado, expresando en sus fundamentos las razones que sustentan las instituciones plasmadas normativamente en su texto.

Al respecto, Lorenzetti (67) pareciera también suscribir esta distinción conceptual entre principios y valores (de hecho, además de haber sido uno de los tres miembros de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, luego sancionado como tal con algunas modificaciones por el PEN en 2015, fue claramente el inspirador principal del Título Preliminar donde se regulan estos temas), consignando que “los valores pueden ser contenidos de los principios”, lo que lleva a que la argumentación jurídica implica “que el principio lleva a un análisis comparativo de valores”.

En la doctrina nacional, se ha señalado —entendemos que con acierto— que es objetable, en el texto del art. 2º del Cód. Civ. y Com., limitar (al menos, en apariencia, ya que como lo hemos mencionado antes los fundamentos del nuevo Código les asignan un valor relevante no traspasado de modo expreso en el texto normativo) la función de los principios generales a ser nada más que un criterio interpretativo de las reglas o normas, prescindiendo de “darles el carácter de fuente de derecho al no mencionarles como tales en el art. 1º”, siendo que “probablemente hubiera sido más adecuado, al menos, establecer su carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, como lo hace el art. 7º del Cód. Civil español, o haber dispuesto la vigencia del Código Civil y Comercial en armonía con los principios generales del derecho” (68).

b) Una función *integradora* de los vacíos de las fuentes formales, la cual, si bien de alguna manera es compatible con la anterior, va un poco más allá en sus alcances. No obstante ello, tal rol dio por ejemplo sustento en derecho comparado a las opiniones de autores de la talla de Ferrera, Carnelutti o el mismo Savigny (69) para negar la existencia misma de los principios generales como tales, vinculándolos meramente con la *analogía juris*. Este rol integrador es quizá más extenso que el puramente hermenéutico, pudiendo en algunos aspectos asimilarse a

(67) “Teoría de la decisión judicial...”, cit., ps. 144 y ss.

(68) TOBIÁS, José W., “Tratado...”, cit., p. 305.

(69) DEL VECCHIO, Giorgio, “Los principios generales del derecho”, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, 2ª ed.

lo que el propio Cód. Civ. y Com. asigna a la costumbre *praeter legem* en el art. 1º (70).

c) Una función *directiva*, propia de los principios constitucionales expresos de tipo programático, como lo serían por ejemplo los de legalidad, reserva o debido proceso, destinados a orientar la actividad de los órganos legisferantes y judicantes, y finalmente.

d) Una función *limitativa*, la cual a veces opera como elemento descalificador de normas o decisiones judiciales que los contrarían —allí juegan por caso las reglas del test de convencionalidad, de claro rango principalista y suprallegal— dentro del sistema de la teoría de la decisión judicial y de la argumentación jurídica (71).

En derecho comparado, por ejemplo, cumple similar rol en el marco de la adecuación de las normas y reglas del derecho foral a las del derecho positivo de rango nacional, como sucede en España.

Doctrinariamente (72) se agrega alguna otra función más, como la *función fundante*, conforme a la cual “ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento, y dar lugar a creaciones pretorianas (73).

(70) Como es por todos sabido, el art. 1º, Cód. Civ. y Com., al regular las fuentes y aplicación del Derecho, menciona, además de la Constitución Nacional y los tratados internacionales, sobre derechos humanos en los que la Nación sea parte, a la finalidad de la norma, y a “los usos, prácticas y costumbres cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos (...) o en situaciones no regladas legalmente”, siempre que no sean contrarias a derecho. Esta referencia integra la que el Código de Vélez hacía en su art. 17 al diferenciar la costumbre *secundum legem*, la *praeter legem* y la *contra legem*, apareciendo ahora esta última expresamente proscripta.

(71) LORENZETTI, Ricardo L., “Teoría de la decisión...”, cit., ps. 205 y ss.

(72) *Ibíd.*, p. 142.

(73) Esta función es, quizá, la que ha dado pábulo a quienes manifiestan una opinión crítica sobre el principalismo (*vide* pto. VI del presente trabajo), en tanto justifica la ampliación de facultades judiciales más allá aun de la mera interpretación de la ley. No obstante ello, hay calificados autores (como LASARTE, Carlos, “Principios del derecho civil”, Ed. Trivium, Madrid, 1992, p. 79) que dentro de la función delimitadora —a la que nosotros llamamos limitativa— de los principios generales señala

IV. Fuentes

Hemos dicho ya que con relación a las fuentes —en el sentido de origen— de los principios generales, la doctrina ha reconocido diversidad de postulaciones.

En tal sentido, podríamos diferenciar a los *positivistas* —como en Italia Messineo o Coviello, o entre nosotros Salvat y Carrió (74)—, que predicán que ellos se extraen del Derecho positivo nacional y comparado a través de sucesivas abstracciones hasta llegar a las esencias de las instituciones, los *metapositivistas* (Del Vecchio, García Maynez, Orgaz, Arauz Castex, Vigo) que los extraen del derecho natural, los *cientificistas* (como Spota) que ubican su génesis en el laboreo propio y exclusivo de la ciencia jurídica, sin connotaciones metajurídicas, y los *eclécticos* (*Castán Tobeñas, De Castro y Bravo, Zorraquín Becú, Borda*) que proclaman que su matriz no es única, sino que hay principios generales derivados del derecho positivo y otros derivados del derecho natural.

Lo cierto es que al día de hoy claramente prevalecen los criterios que ubican la génesis de esos principios generales en el constitucionalismo —o “el bloque principalista constitucional y convencional”, al decir de Lorenzetti (75)—.

Más allá de que este sea el criterio sin dudas prevalente al día de hoy (Alexy, Zagrebelsky, Prieto Sanchís, Lorenzetti, Sozzo, Depetris y el suscripto, entre otros), se plantea Tobías (76) si los principios generales, aun derivados de fuente constitucional, se pueden identificar con los “principios constitucionales” (como aquellos plasmados expresamente en la Carta Magna o en los tratados internacionales sobre derechos

que por lo contrario, ella dentro del proceso de la decisión judicial pone coto “al excesivo activismo judicial”, confiriéndole un marco de actuación que no necesariamente va más allá de la ley. Nos remitimos a lo allí expuesto.

(74) Ver en este caso, por la singular atención y desarrollo que le asignó al tema el destacado jurista bajo cita, CARRIÓ, Genaro, “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, Buenos Aires, 1970, p. 72.

(75) LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Código Civil y Comercial...”, cit., t. I, p. 30.

(76) “Tratado...”, cit., t. I, p. 307.

humanos). Estima que, si bien “una buena parte de los principios generales se ha constitucionalizado”, es necesario “no confundirlos”, por cuanto los “principios constitucionales” producen efectos “que no tienen los principios generales”.

En tal sentido, afirma que los principios “constitucionales” tienen eficacia interpretativa (las normas inferiores deben interpretarse conforme a aquellos), informadora (sirven de orientación a la legislación ordinaria), directa (pueden ser autooperativos, aun sin reglamentación legal, como la Corte Federal lo ha dicho con el derecho a réplica del art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos a partir del *leading case* “Ekmedjian c. Sofovich”), e ineficacia por contraste de la norma o sentencia que no se adecua a ellos (por vía del recurso o de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad), mientras que los principios generales “no constitucionalizados” tienen preponderantemente eficacia interpretativa o hermenéutica.

Nos permitimos disentir con la calificada opinión del apreciado y distinguido jurista bajo referencia.

No creemos que debamos —o podamos— diferenciar “principios generales” y “principios constitucionales”, o “principios generales constitucionalizados”.

Somos del parecer de que todos los principios generales del derecho, aún los no expresados de modo fehaciente por la Constitución Nacional (v.gr., el principio justinianeo del *non alterum laedere*, base y sustento de todo el sistema de la responsabilidad civil contractual y aquiliana), tienen su fuente jurígena en esos preceptos de rango constitucional y convencional, estén expresos o implícitos (como lo están las garantías en el art. 33 de la Carta Magna), y los efectos o caracteres que atinadamente se les asignan les son predicables estén enunciados o no (77).

(77) Nuestra querida y admirada amiga y colega Ursula BASSET (“Peculiaridades del orden público en el régimen argentino”, RDPyC 2007-3, “Orden público y buenas costumbres”, p. 452), consigna que el orden público “jurídico” (no su noción “política”, bien diferenciada por Rodolfo Vigo), siendo claramente un principio general, “no necesariamente debe estar integrado por leyes positivas, podría estarlo también por leyes no escritas”.

Tal como lo manifestara Gustavo Zagrebelsky (78), “los principios establecidos en la Constitución no son, desde luego, derecho natural. Tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de positivizar lo que durante siglos de había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y de los derechos humanos”. Agrega luego que “la Constitución es por definición una creación política, no el simple reflejo del orden natural, más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas”.

Como lo expone con agudeza Gonzalo Sozzo (79), el fenómeno por todos admitido hoy de la denominada “constitucionalización del derecho privado” (80), operado a través de la incorporación de los nuevos derechos privados —además de los derechos y garantías que conforman su primera parte, básicamente genera-

(78) “El derecho dúctil...”, cit., p. 119.

(79) “Derecho privado ambiental. El giro ecológico del derecho privado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, ps. 81 y ss.

(80) Obviamente, este es un tema de enorme significación, y de profusa bibliografía, que prescindimos aquí y ahora de iterar por razones de extensión de esta labor. Hay generaciones de operadores jurídicos (entre las que me cuento por una razón etaria) que estudiamos el derecho constitucional allá por los albores de nuestra formación de grado, y luego transitamos todo el derecho privado (civil, comercial, laboral, agrario, etc.) prescindiendo prácticamente de aquellas pautas fundantes, como si el derecho constitucional fuera un diseño basilar en el sistema de derecho público, pero de muy relativa incidencia en el de derecho privado. Cabe recordar al respecto la correspondencia intercambiada entre Alberdi y Vélez Sarsfield (este último como autor del Código Civil y coautor del Comercial), en las cuales el ilustrado tucumano, padre del constitucionalismo argentino de 1853 a partir de sus “Bases”, le reprochaba al segundo haber prescindido de la Constitución Nacional en el diseño de la regulación codificante jusprivatista. Es más, como lo consignara verbalmente en una conferencia el profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, existe un claro desacople (en nuestra estructura legal) entre una Constitución Nacional de clara inspiración norteamericana, y un Código Civil de fuente europea. Ese fenómeno, propio del siglo XIX y proyectado hacia el siglo XX, en el siglo XXI sufre una mutación copernicana, siendo la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos a los cuales ella asigna rango supralegal, la primera fuente de derecho (público y privado), como lo dice claramente el art. 1º, Cód. Civ. y Com.

da en 1853 con la inspiración de la Constitución de Filadelfia—, y el realce de los ya existentes, hace que, por ejemplo, los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad (básicamente, centrados en el orden público, principio enunciado en el art. 12 del Cód. Civ. y Com.) “no deba hallarse solo en los Códigos, sino en todo el sistema”, lo cual lleva a este principio basilar a “una formulación sistémica”.

Otro tanto cabe predicar con respecto a otros principios generales que han recibido formulación expresa o implícita tanto en la Constitución Nacional luego de la reforma del año 1994, como en el propio Código Civil y Comercial, como los de proscripción del enriquecimiento sin causa, o el abuso del derecho subjetivo, o los límites al ejercicio de la propiedad privada en miras a la tutela de los derechos supraindividuales o propios de la tutela del medio ambiente, o la defensa de los consumidores o usuarios, o la proscripción de actividades discriminatorias, o la tutela del vulnerable en todas sus manifestaciones (menores, discapacitados, ancianos), o la igualdad real ante la ley, o el acceso a la justicia, o la defensa de la competencia, o al acceso al conocimiento y control de sus datos personales, entre otros (81).

V. Las dificultades de su enunciación

Como bien lo señala Lorenzetti (82), “Es difícil, y hasta arbitrario, clasificar los principios”.

En tal sentido, se plantea una primera pregunta: ¿cuántos principios hay? (83).

(81) Al respecto, los arts. 41 a 43 de la CN en su texto vigente son un muestrario, no taxativo, de la mención de tales principios generales tutelados de modo expreso.

(82) “Teoría de la decisión judicial...”, cit., p. 43.

(83) Hay situaciones paradójales. Menciono una que me involucra. En mi tesis doctoral, publicada luego por la editorial Rubinzal-Culzoni en el año 2013, yo proponía como título (e intentaba justificarlo a través de todo el trabajo investigativo del caso) “La subrogación real como principio general en el derecho privado patrimonial”. Según expongo en el prólogo de la obra, la idea o iniciativa la tomo de un punto de vista de quien fuera uno de los más destacados profesores en mi formación de grado, y brillante jurista con actuación tanto en el derecho público como privado, que fue el Dr. Elías P. Guastavino. Lo cierto es que habiéndole solicitado al Dr. Ricardo Lorenzetti si aceptaría oficiar de director del trabajo de tesis,

La doctrina coincide en que no hay un número cerrado de ellos, y que su existencia es esencialmente abierta y dinámica. Hay principios escritos y otros que se infieren por vía hermenéutica, lo que permite hablar de “principios codificados y otros provenientes de la tradición” (84). En esa línea de pensamiento, Lorenzetti (85) alude a la existencia de “principios ocultos” o *policies* (la primera denominación proviene de Guido Alpa, en el derecho continental europeo; la segunda, del mundo anglosajón) que en realidad tienen un basamento a veces político o económico, como por ejemplo el subsidio empresarial que implica asignar las externalidades a terceros y no a ella como dañadora, o bien la limitación del riesgo industrial que particularmente durante el siglo XIX con base en la idea de la culpa y la negación del factor objetivo basado en riesgo subsidió esa actividad empresarial.

Como a título personal lo he planteado en su momento (86), y de algún modo siguiendo propuestas de Norberto Bobbio (87), si bien no es posible una enunciación de los principios generales (admitiendo incluso que hay principios “fundantes” y “principios derivados”, o subprincipios, tal como por ejemplo sucede entre la seguridad jurídica —que a su vez es un valor— y el principio de conservación del contrato, o la

y habiéndolo generosamente aceptado, en el decurso de las comunicaciones que cursamos durante mi labor de elaboración, él mi manifestó que no creía que la subrogación real fuera en realidad un principio general del derecho privado, pese a lo cual, respetuoso de mi opinión contraria, mantuvo su rol de director.

(84) LORENZETTI cita en ello a SAVIGNY, Federico C., “Sistema de derecho romano actual”, Ed. Góngora, Madrid, 2ª ed., traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley, t. I, p. 147. Es interesante la reflexión, sobre todo considerando lo que hemos mencionado *supra* (en particular referencia a la opinión de Tobías en orden a la existencia de “principios generales” y “principios constitucionales”, que nos permitimos no compartir). Es cierto que no todos los principios generales están enunciados en la Constitución Nacional y en los tratados sobre derechos humanos (o incluso en leyes inferiores, como lo es el Cód. Civ. y Com.), pero si entendemos que esa referencia genética al “principialismo constitucional” implica que ellos tienen su fuente y cuna en el derecho supralegal de rango constitucional, ya sea de modo expreso o implícito.

(85) “Teoría de la decisión judicial...”, cit., p. 144.

(86) SAUX, Edgardo I., “Los principios generales...”, cit.

(87) “Teoría general del derecho”, cit., ps. 241 y ss.

buena fe y la tutela de la apariencia), sí quizás se puede esbozar, con amplia admisión de otras postulaciones, alguna sistematización de ellos.

En ese sentido, por ejemplo, hay por ejemplo principios generales del derecho *sustancial* o de fondo, que establecen máximas para todos los supuestos singulares dentro de cada rama —por ejemplo, la prohibición de actos que impliquen el ejercicio de los derechos subjetivos de modo abusivo, o su derivación, cual es la proscripción del abuso de posición dominante a nivel empresarial y dentro del mercado, ambos con alusión expresa en el Cód. Civ. y Com. en sus arts. 10 y 11—, hay principios generales del derecho *procesal* —por ejemplo, la regla de que salvo excepciones que deben ser judicialmente anticipadas en función de la singularidad del caso (como lo es el supuesto de la aplicación de las cargas probatorias dinámicas reguladas en el art. 1735, Cód. Civ. y Com.), la carga de quien invoca un hecho, o un factor de atribución, o un eximente, incumbe a quien lo alega (art. 1734)—, hay principios de *derecho falencial*, como el *pars conditio creditorum*, hay principios generales del *derecho laboral* —como el “*in dubio pro trabajador*”—, los hay en el *derecho fiscal o tributario* —la igualdad ante las cargas públicas—, hay principios generales del *derecho ambiental* —como el principio *pro natura o pro homine*, o el precautorio—, los hay en el *derecho de familia* —la *pietas familiae*, tan bien desarrollada por María Josefa Méndez Costa (88), o la conservación de la familia, o el reconocimiento de la familia multiparental—, hay principios del *derecho de la minoridad* —como el de tutela del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, derivados de la Convención sobre los Derechos del Niño— y hay principios generales de *organización* —v.gr., el de separación de poderes prescripto en la Constitución Nacional, o el de irretroactividad de la ley penal también de matriz constitucional— que son primordialmente dirigidos al legislador.

Esa misma generalidad sistémica —como dotada de proyección sobre todo el derecho, o sobre toda una rama de él— podría predicarse por caso con relación a otros, tales como el *non alterum laedere*, o el principio de prevención

de daños tanto en el ámbito contractual como aquiliano (este último normado en los arts. 1710 a 1713, Cód. Civ. y Com.). Algo similar puede predicarse con relación al principio de *buena fe* (art. 9º, Cód. Civ. y Com.).

Hay así principios generales propios del *derecho privado* (v.gr., el libre juego de la autonomía de la voluntad y su límite en el orden público y las buenas costumbres, conf. art. 12, Cód. Civ. y Com.), o principios generales del *derecho internacional privado y público* (como el respeto a la soberanía, o el principio de territorialidad de la ley), o del *derecho civil contractual* (como el de conservación del contrato, o el de confianza), etcétera.

De algún modo, así lo reconocieron de modo expreso las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (89), diciendo que “[l]os principios generales son normas axiológicas que valen para toda una materia, toda una rama o para toda la esfera de las relaciones jurídicas”.

VI. Voces críticas

Es un dato de la realidad que, más allá de posicionamientos jusfilosóficos que así lo determinen (para el positivismo de paladar negro, el principialismo es una apertura a un tembladeral de inseguridad jurídica, en cuanto abre una puerta enorme al intérprete, fundamentalmente al juez, para moldear, adaptar o directamente prescindir de la norma escrita —la ley, que es en esa mirada lo que reza el viejo adagio latino *lex, dura lex, sed lex*— en aras de la satisfacción de valores jurídicos anidados en la esencia misma de los principios), hay también voces que proclaman acotar ese principialismo para evitar casos, que los hay, en los cuales su aplicación ha dado pie a cierto grado de arbitrariedades que llevan, equivocadamente, a que el juez se convierta en legislador argumentando su mera invocación.

El tema ha sido abordado singularmente por la teoría de la argumentación jurídica, más allá de que obviemos adentrarnos demasiado en ello por razones de brevedad de este aporte.

Así, por ejemplo, se hace referencia a que el principialismo ha generado una pérdida de la

(88) Ver su magnífica obra “Los principios jurídicos...”, cit., ps. 29 y ss.

(89) Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1987, Comisión nro. 9.

fuerza vinculante de la ley y un notable aumento de los poderes discrecionales de los jueces, generando lo que se ha dado en llamar “un decisionismo judicial subjetivo” (90).

Cita el autor bajo referencia (SAFI) como ejemplo, un fallo de la Cámara Nacional de Seguridad Social, luego anulado por la Corte Federal (91), por el cual la Cámara había confirmado el otorgamiento del beneficio de jubilación por invalidez a un trabajador que había acreditado padecer un 41,62% de invalidez (siendo el mínimo para lograr tal beneficio un porcentaje del 66%), pero atendiendo a que, pese a tal dato objetivo, las circunstancias personales, sociales y las dificultades de reinserción laboral en el caso justificaban dicha excepción, siendo el derecho previsional de carácter alimentario.

La Corte Suprema anuló la sentencia señalando que la sala *a quo* se había apartado de la norma aplicable al caso con fundamentos meramente dogmáticos, sin sustento como para validar lo resuelto.

Se hace alusión en el mismo trabajo ahora bajo cita a varios casos de amparos de salud en los cuales el más Alto Tribunal Federal también dejó sin efecto sentencias inferiores que conferirían prestaciones reclamadas, argumentando genéricamente los principios vinculados al resguardo a la vida o a la salud, pero sin tener en cuenta la necesidad de sustentar la decisión en norma legal alguna u omitir todo examen sobre el tema medular del debate, donde aparecen —normalmente— enfrentados ese derecho a la salud y a la vida con la necesidad de resguardar económicamente prestaciones que puedan extenderse a todo el universo de afiliados a la prestadora, que puede ser desfinanciada con la atención de uno, o un limitado número de casos de muy alto costo de implementación, en desmedro de los demás.

En este punto de miras —no me refiero a los casos juzgados por la Corte Suprema, sino a la postura dogmática crítica hacia el principialismo—,

(90) SAFI, Leandro K., "La fuga facilitadora hacia los principios generales", SJA del 16/12/2020, p. 6, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3817/2020.

(91) CS, 26/12/2017, "Sosa, Raúl c. ANSeS", Fallos 340:2021.

se argumenta que “el rasgo común de la tendencia que estamos criticando, se encuentra en el hecho de que por su intermedio se invocan fuentes *secundarias* del derecho, como son los principios generales, para desplazar a las fuentes *primarias* contenidas en el texto expreso de la ley” (92).

Creemos, modestamente, que media allí un error conceptual en la calificación de las fuentes.

Los principios generales no son “fuentes secundarias” del derecho, frente a las “fuentes primarias” representadas por la ley. Eso es positivismo crudo y duro.

Una cosa son —y existen, e incluso hasta abundan— decisiones judiciales arbitrarias que con la mera invocación principialista (la vulnerabilidad, el interés superior del niño, el derecho a la salud, la defensa del trabajador, el derecho a una vivienda digna, etc.) resuelven casos complejos desconociendo olímpicamente no solo el texto expreso de una ley sino también las circunstancias probadas que hacen al contexto de la causa, haciendo privar solo un mero voluntarismo judicial que no es otra cosa que arbitrariedad.

Pero otra cosa implica afirmar que la ley debe prevalecer sobre los principios, cuando claramente ambas fuentes entran en colisión.

Si una norma —o un supuesto de hecho de alguna de ellas— claramente agravia un principio general de rango constitucional, es deber del juzgador descalificarla (normalmente por vía de la declaración de su inconstitucionalidad) y resolver conforme a las pautas del principio considerado subalterno. Lo mismo es predicable cuando se sustenta un decisorio con la mera alusión a un principio, pero sin explicar las razones por las cuales, en el caso concreto, este debe prevalecer sobre una norma cuya constitucionalidad ni siquiera se controvierte, o cuando se decide sin considerar las singularidades que hacen al contexto fáctico y probatorio, invocando livianamente un principio general sin cumplir con la obligación del art. 3° del Cód. Civ. y Com. de expedir una sentencia razonablemente fundada.

Pero, por lo contrario, si esa contradicción entre una regla y un principio aparece clara, debe

(92) SAFI, ob. cit., p. 22.

prevalecer el principio (que como hemos dicho, tiene cuna y rango constitucional), dando las razones que expliciten el porqué de esa opción.

Como de alguna manera lo expresa con claridad Tobías (93) la relevancia de los principios no puede cobijar la cada vez más extendida tendencia de una práctica de interpretación que prescindiendo del texto legal y de la finalidad de las normas particulares, tiende a invocar los principios generales para prescindir llanamente de ellas.

“Los principios no constituyen una especie de derecho libre o recurso mágico” (94), con lo cual su alto grado de generalidad e indeterminación a veces confiere al intérprete un amplio campo de discrecionalidad en su invocación y aplicación, acomodando su contenido a sus propias convicciones (objetivamente inconciliables con lo dispuesto a nivel normativo).

Pero ello no es, en modo alguno, un “punto débil” de los principios, sino de la interpretación judicial que de ellos se hace.

No obstante ello, hay muy calificadas opiniones en derecho comparado (95) que también

(93) TOBIÁS, "Tratado...", cit., t. I, p. 309.

(94) RIVERA, Julio C., "Instituciones de derecho civil. Parte general", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 215.

(95) Como las de Luigi Ferrajoli en Italia, Frederick Schauer en Alemania o José García Amado en México y también Patrick Atiyah (profesor de Oxford como Hart) y en el Perú Fernando de Trazeignes Granda y Roberto Moreno Rodríguez Alcalá, así como León Green, decano de la School Law de Northwestern y proclamo exponente del realismo jurídico, que formulan una visión crítica al principio de la buena fe como pauta judicial interpretativa de los contratos, consignando que es frecuente que los jueces, empleando el recurso a la buena fe, redacten contratos supliendo la autonomía de la voluntad. Sin llegar a abdicar del principialismo, vale referir entre nosotros que el Proyecto de modificación del Cód. Civ. y Com. elaborado por una Comisión designada por el PEN (constituida por los Dres. Julio César Rivera, Ramón Daniel Pizarro y Botana) proponía dejar sin efecto las disposiciones del citado Código que autorizan la integración del contrato cuando se descalifican judicialmente determinadas cláusulas que pueden ser consideradas abusivas o ilegales (tal como lo admite, también, la ley 24.240 de Defensa de Consumidores y Usuarios de bienes y servicios, con las modificaciones de la ley 26.361). Para mayor abundamiento sobre el tema, recomendamos la lectura del trabajo de MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto,

proclaman un cierto acotamiento del mencionado principialismo señalando que la invocación a “estándares objetivos” (buena fe, culpa, moral y buenas costumbres, abuso del derecho) son en realidad *black boxes* (cajas negras) “de las que puede salir cualquier cosa para la solución adecuada del caso”.

Obviamente que no compartimos tal punto de miras, en el cual, respetuosamente, nos parece que sin mencionarlo se está empleando otro principio general (que a su vez porta un valor), como la seguridad jurídica, para cobijar visiones positivistas que nos parecen ya superadas.

VII. Los principios generales y el derecho ambiental

En los más recientes estudios sobre derecho ambiental (este derecho “nuevo”, interdisciplinario, en parte público y en parte privado, en parte sustancial y en parte procesal, con gran componente jurisprudencial, y que ha recibido fuerte impronta en el texto del Cód. Civ. y Com.), que tantos matices propios ofrece al intérprete, se hace hincapié en la relevancia de los principios generales.

Quizá, de alguna manera, sea una de las ramas del derecho en la cual los principios generales tienen un rol más acentuado, habida cuenta de que no solo devienen en él aplicables los que son inherentes a todo el sistema jurídico público y privado, sino también una pléyade de principios propios (96), enunciados fundamen-

“¿Contratos hechos por los jueces?”, en SOTO COAGUILA, Carlos (dir.), *Tratado de la interpretación del contrato en Latinoamérica*, Ed. Grijley, Lima, 2006, t. II. Asimismo, otro joven y destacado jurista chileno, Mauricio TAPIA, predica el “mito de la autonomía de la voluntad” en el derecho civil francés —y, en su proyección, también en el chileno—, señalando —con citas de Gounot, Villey y otros destacados juristas franceses contemporáneos— que no solo la reciente reforma de la codificación francesa en materia de contratos vigente desde el año 2016 no contiene ninguna referencia a lo que disponía el viejo art. 1134 del Code (“Las convenciones legalmente formadas tienen valor de ley respecto de quienes la hayan suscripto”), sino que en realidad el cumplimiento de la palabra empeñada (o el ejercicio de la autonomía de la voluntad, o de la voluntad privada) no es un principio del derecho privado patrimonial, sino una obligación legal (*vide* TAPIA, “Autonomía de la voluntad en el derecho civil francés: el ocaso de un mito”, RCyS nro. 4, 2019, ps. 21 y ss.).

(96) Por caso, más allá de los principios *pro homine*, o *pro aqua*, muy propios del derecho ambiental, resulta

talmente en la ley 25.675 General del Ambiente, en su art. 4º, y en los denominados Principios del Convenio de Escazú, los que mencionaremos singularmente *infra*.

Ello genera una característica también propia de esta rama del Derecho, cual es la vinculada con el hecho de que como casi no sucede en ninguna otra, los principios específicos que le son inherentes están normativizados, o mencionados legalmente (tanto en la ley 25.675 General del Ambiente, art. 4º, como en la ley 27.566, que suma a nuestro ordenamiento positivo lo dispuesto en el Acuerdo de Escazú, fundamentalmente vinculado al acceso a la justicia en materia de tutela medioambiental).

No podemos dejar de mencionar al respecto, porque ha sido objeto de especial consideración dentro de los especialistas en la materia, la encíclica papal del pontífice Francisco I *Laudatio Si*, la cual en su apart. IV-156 expresamente alude a que "La ecología humana es inseparable de la noción del bien común, un principio que cumple un rol central y unificador en la ética social".

Lo cierto es que ese *mix* principialista (los generales y los propios) evidencia como quizá no haya sucedido —todavía— en otras ramas del derecho, una fuerte impronta de esa fuente del derecho en la tutela del ambiente, con fuerte apoyatura doctrinaria y jurisprudencial (97).

por ejemplo innegable que el principio precautorio, que se va abriendo paso dentro del derecho privado patrimonial ensanchando el ámbito propio del principio de prevención de daños que consagra el Cód. Civ. y Com. en sus arts. 1710 a 1713, es una creación propia del derecho ambiental, tal como lo evidencia su consagración normativa en la Ley General del Ambiente, y en su reiterada aplicación jurisprudencial aún en casos de duda sobre la efectiva causación de un daño futuro, pero cuando ello es probable. Hay mucho y bueno escrito al respecto, pero dentro de ello destacamos por su claridad y consistencia la obra de la querida colega tucumana BESTANI, Adriana, "Principio de precaución", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012.

(97) Al respecto, mencionaremos algunos, dentro de lo mucho y bueno que se ha escrito sobre el tema, de tales referencias. Así, ver SOZZO, Gonzalo, ob. cit., en particular alusión a la interpretación jurídica *pro natura* (ps. 31 y ss.) y al "ecoabuso", o abuso del derecho privado en relación con el ambiente (ps. 547 y ss.); también del mismo autor "El ecoabuso de derecho cinco años después. Ecoabuse of rights five years later", *Revista del Instituto de Derecho Civil*

En lo demás, y conforme trataremos de esbozarlo en el apartado siguiente de esta labor, hay de alguna manera una doble mirada sobre la cuestión: por una parte, los principios generales específicos consagrados legal —y constitucio-

*de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, Santa Fe, 2020. Ver también, dentro del amplio repertorio jurisprudencial sobre el tema, el fallo de la CS, 25/02/2021, "Saavedra, Silvia G. y otros c. Administración Nacional de Parques Nacionales - Estado Nacional y otros s/ amparo" (SJA del 31/3/2021, 41, AR/JUR/951/2021), en la cual el alto tribunal recuerda que "debe aplicarse, de manera prioritaria, el principio de prevención (art. 4º, ley 25.675) y en la duda técnica, el principio precautorio, que dan fuerza y justifican la anticipación de la prestación jurisdiccional". También ALFERILLO, Pascual, "Los vulnerables y el principio *pro homine*", ponencia expuesta en el marco del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Privado, 3 y 4 de octubre de 2019, Asunción - Paraguay, organizado por la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP). Asimismo, RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, ob. cit. En similar sentido, LEGUIZA CASQUEIRO, Guillermo, "Principios de progresividad y de no regresión en el derecho ambiental. Algunas notas a partir de su postergada implementación", *RDamb.*, 62, del 03/06/2020, AR/DOC/131/2020. De igual modo, FALBO, Aníbal, "Acuerdo de Escazú (ley 27.566): una maquinaria eficaz, concreta y sofisticada para la participación ambiental de los habitantes", *LA LEY* del 09/11/2020, AR/DOC/3683/2020. Y de quien quizá sea el autor argentino e iberoamericano que más ha trabajado el tema ambiental —me refiero a mi entrañable amigo y brillante jurista Néstor CAFFERATTA—, "Derecho privado ambiental (a la luz del Código Civil y Comercial)", *Revista Andaluza de Administración Pública, en homenaje a Ramón Martín Mateo*, nro. 105, sept.-dic., 2019, ps. 19 y ss., "Principios de derecho ambiental", 0003/12624, "Reglas y principios moralizadores del derecho ambiental", *JA* del 03/06/2020, p. 3, "Litigios ambientales y principios de derecho ambiental", en SORO MATEO, Blanca - JORDANO FRAGA, Jesús, *Viejos y nuevos principios del derecho ambiental*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, ps. 55 y ss., "El principio de buena fe ambiental", en CÓRDOBA, Marcos (dir.), *El principio de buena fe en el Derecho. Evolución del principio*, Ed. Universidad Abierta Interamericana - Facultad de Derecho de la UAI, Buenos Aires, 2019, ps. 625 y ss.; "Nuevos principios de derecho ambiental", *RDamb.*, nro. 64, oct.-dic., 2020, ps. 3 y ss.; "El ejercicio de los derechos individuales cuando pueda afectar al medio ambiente", *JA* 2021, fasc. 13, del 24/03/2021, ps. 3 y ss., AR/DOC/523/2021; "Abuso de derecho ambiental", *RDamb.*, nro. 65, 2021, enero-marzo de 2021, ps. 3 y ss.; "Abuso del derecho contra el ambiente", *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, nro. 36, julio 2020; "Los principios del Convenio de Escazú", *JA*, supl. del 02/12/2020, 3, AR/DOC/3747/2020; "Ley 27.566 - Acuerdo de Escazú - Garantías para la implementación de la justicia ambiental", *RC D* 3329/2020; "Acceso a la justicia ambiental", *LA LEY* del 09/11/2020, 1, AR/DOC/3682/2020, y "El ascenso de los principios de derecho ambiental", *JA*, supl. del 28/02/2018 y *RDamb.*, nro. 55, 28/09/2018, ps. 1 y ss.*

nalmente— en materia ambiental, y por la otra la inserción que en el tema tienen dos principios generales comunes a todo el sistema jusprivatista (que aparecen en materia medioambiental con singular preponderancia y con matices propios), como lo son el principio de buena fe y el de abuso del derecho, o “ecoabuso”.

VIII. Principios ambientalistas propios y aplicación a la problemática ambiental de los principios del derecho privado

Como lo hemos consignado en la reseña doctrinaria formulada en el apartado precedente en materia principialista medioambiental, se habla de “viejos” y “nuevos” principios en el tema (98), aludiendo por una parte a la sumatoria de principios específicos que a la Ley General del Ambiente le sumara el Convenio de Escazú, y por la otra a la incidencia de los principios generales de buena fe y de abuso del derecho en la materia medioambiental.

Vamos a principiar por tratar de pasar revista a los considerados principios generales propios de la materia medioambiental, y luego al juego que en ella adquieren los principios de buena fe y de abuso del derecho.

Hemos dicho ya que, de manera no contrastable con otra rama del derecho público o privado, ya la ley 25.675 General del Ambiente hace una enunciación expresa —y hasta para algunos taxativa— de los principios generales propios de la materia (ver su art. 4º).

En dicho precepto, la mencionada ley menciona los principios de congruencia (99), *prevención, precaución (100), equidad inter-*

(98) Conf. CAFFERATTA, Néstor, "Viejos y nuevos principios de derecho ambiental", cit., y "Nuevos principios...", cit.

(99) En el sentido de que toda la legislación de cualquier rango que se dicte en materia medioambiental, a nivel nacional, provincial o municipal o comunal, deberá estar en línea con ellos, prevaleciendo tales principios en caso de contradicción (es, claramente, la función "directiva" a la que aludimos en el apart. III de este trabajo).

(100) La prevención y la precaución son dos escalones de la misma escalera. Bien se ha dicho que la precaución es la prevención acentuada, en el sentido de que habilita medidas —administrativas o judiciales— de tutela inhibitoria no ya ante la previsibilidad de un daño futuro,

generacional (101), progresividad y no regresividad (102), responsabilidad (103), subsidiariedad (104), sustentabilidad (105), solidaridad (106) y cooperación (107).

Estos principios, enunciados por el legislador, primero que nada, se iluminan y potencian a partir del texto del art. 41 de la CN, el cual en la reforma operada en el año 1994 incorpora expresamente el derecho al goce de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las necesidades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer el de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. Agrega que el daño ambiental genera prioritariamente la obligación de recomponer, así como que las autoridades pro-

sino incluso ante la mera eventualidad de su existencia, aun mediando duda técnica sobre tal factibilidad.

(101) Ello responde al mandato constitucional (art. 41) de generar el "consumo sustentable" de los bienes ambientales, de manera de resguardar su existencia para las generaciones venideras. El tema ha generado planteos, plausibles, que aluden a legitimados activos para la promoción de acciones preventivas o precautorias medioambientales "que todavía no existen", lo cual temporalmente es cierto.

(102) Ambos principios, que se aplican también en materia bioética, implican que "no se puede volver atrás" en la consolidación o logro de efectivización de esos principios. Ver en relación con ellos LEGUIZA CASQUEIRO, Guillermo, ob. cit., así como RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, ob. cit., ps. 24 y ss.

(103) Atinente a que el generador de daños ambientales, actuales o futuros, es responsable de los costos de prevención y recomposición, y si ellos no fueran factibles, de la reparación pecuniaria a los legitimados activos del daño causado (individual o colectivo).

(104) Consistente en la obligación del Estado de colaborar o participar en el accionar de los particulares en la preservación y protección medioambientales.

(105) La sustentabilidad en el empleo de los recursos naturales está vinculada estrechamente con la tutela de las generaciones futuras, en tanto manda "consumir" aquellos de modo tal de no generar su agotamiento ulterior.

(106) Entre la Nación y los estados provinciales en la responsabilidad por prevención y mitigación de los efectos ambientales negativos transfronterizos.

(107) El cual implica que los recursos naturales compartidos deberán ser empleados de manera equitativa y racional.

veerán 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. Señala que corresponde a la Nación el dictado de normas que contengan los presupuestos mínimos de protección (108), y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Concluye proscribiendo el ingreso al territorio de la nación de residuos actual o potencialmente peligrosos, así como también los radioactivos (109).

A partir de este señero y completo mandato constitucional, el legislador nacional, además de regular los presupuestos mínimos conforme al mismo, como hemos dicho enuncia en la LGA los principios generales “propios” o “específicos” del derecho ambiental, los que son denominados “principios rectores” (110), o “principios generales del derecho ambiental” (111), o “principios jurídicos del nuevo derecho de la sustentabilidad” (112), o como los

(108) Mandato corporizado tanto en la ley originaria de presupuestos mínimos en materia medioambiental, como en la ley 27.520 del 20/12/2019 sobre “Presupuestos mínimos de adaptación y mitigación al cambio climático”, que es uno de los temas medioambientales más “pesados” a nivel internacional, y que tuvo atención convencional a partir de la Declaración de Río de Janeiro sobre la materia, de los años 90, seguida por otras consecuencias, y desatendidas de manera directa o subrepticia por algunas potencias mundiales del hemisferio norte, con gran potencialidad contaminadora a partir de la combustión de combustibles fósiles.

(109) Para una mayor ilustración sobre el alcance de cada uno de estos principios sentados en el art. 4º de la LGA, ver CAFFERATTA, “Principios de derecho ambiental”, cit., ps. 2 y ss.

(110) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El daño ambiental en el derecho privado”, en *Daño ambiental*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, p. 20.

(111) PIGRETTI, Eduardo, “Un nuevo ámbito de responsabilidad. Criterios, principios e instituciones del derecho ambiental”, en *La responsabilidad por daño ambiental*, Ed. Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1986, p. 22.

(112) LÓPEZ, Hernán, “La regulación del desarrollo sustentable en el derecho internacional y en el derecho comparado”, en *Ambiente, derecho y sustentabilidad*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 407.

denomina la misma LGA, “principios rectores de las políticas medioambientales”.

Esos principios, según Cafferatta, son “de interpretación y de aplicación de la normativa” (113), y están dirigidos tanto al legislador como al juzgador y al operador jurídico que los invoque.

A su vez, doctrinariamente —y antes de la enunciación de los principios del Convenio de Escazú, tema del cual nos ocuparemos seguidamente, y que conciernen básicamente al acceso jurisdiccional efectivo a la tutela medioambiental— se menciona que existen “nuevos principios” en la tutela ambiental (114).

Ellos serían, por caso, el principio “responsabilidades comunes pero diferenciadas”, que se derivaría de manera implícita de la “Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el ambiente humano” del año 1972, en el principio 12, al enunciar que deberían destinarse recursos a la conservación y mejoramiento del medio ambiente, atendiendo especialmente a las necesidades de los países en desarrollo. En similar línea, la “Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo” (denominada “Cumbre de la Tierra”) del año 1992, de modo expreso consigna en su principio 7 que los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para proteger, conservar y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra, y en vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, “los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas”.

Tal principio tendría sustento a partir de la aplicación de la equidad en el derecho internacional general.

A su vez, el denominado “principio *in dubio pro natura*” (115) implica que cuando existen dos interpretaciones —o más— posibles de lo

(113) CAFFERATTA, “El ascenso...”, cit., p. 4.

(114) CAFFERATTA, “Nuevos principios...”, cit., ps. 3 y ss.

(115) SOZZO, Gonzalo, ob. cit., p. 31. Claramente, en este caso —como en los que de él se derivan— la función que cumple el mencionado principio es netamente interpretativa, tal como la que consigna el art. 2, Cód. Civ. y Com.

dispuesto por una norma, el operador jurídico debe elegir la que resulte más favorable a la naturaleza. Al respecto, recuerda Cafferatta (116) que la CS en la causa “Majul, Julio J. c. Municipalidad de pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo” (fallo del 11/07/2019) declaró 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 a él”.

De este principio precedentemente citado, se deriva otros dos que tienen singular relevancia en la temática medioambiental, como lo son los principios *pro homine* (117) y *pro aqua* (118).

(116) "Nuevos principios...", cit.

(117) Se ha consignado que esta tríada principialista específica en materia ambiental, si bien está orientada a regular el criterio hermenéutico del legislador y del juzgador, tiene un claro objetivo de prevención de daños ambientales (conf. ALJRRALDE, Aldo M., "Los principios precautorios, in dubio *pro natura* e in dubio *pro aqua* como tutela anticipada en la vulnerabilidad del ambiente. La acción de daño temido y el rol esencial de los jueces", Rubinzal-Culzoni online, "Doctrina destacada", 27/04/2021. Específicamente, el principio *pro homine* implica, como se dijera en CS, 14/10/1997, "Arce, Jorge D.", LA LEY 1997-F-697, AR/JUR/1160/1997, que en caso de oscuridad de una ley, estando en juego las garantías emanadas de los tratados internacionales sobre derechos humanos, debe interpretarse ella en favor de la protección de los derechos esenciales del ser humano "y no para el beneficio de los Estados contratantes" (v. ALFERILLO, Pascual, ob. cit.). Desde ya que este principio interpretativo *pro homine* juega en materia medioambiental cuando, por ejemplo, la interpretación que se pretenda asignar a una norma vaya en contra del derecho de las personas humanas a un ambiente sano, como lo predica el art. 41 de nuestra CN.

(118) En la misma causa "Majul", recientemente citada, la CS hizo referencia al principio en cuestión, consistente en que, en caso de incerteza, las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos. Viene al caso memorar que el Proyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la Comisión Redactora (Dres. Lorenzetti, Highton y Kemelmajer de Carlucci) en el año 2012 —que fuera luego sancionado como Cód. Civ. y Com. y puesto en vigencia a partir del 01/08/2015, pero con algunas modificaciones que le introdujeran la Comisión Bicameral y el PEN— preveía el derecho humano al agua potable, lo cual fue suprimido al obtener el Proyecto el rango de ley.

Ahora bien, hemos dicho ya que, además, de estos principios propios del derecho ambiental consignados en la LGA y, además, elaborados por la doctrina y la jurisprudencia, el “Acuerdo de Escazú” (Costa Rica, 04/03/2018, plasmado luego como ley nacional 27.566 del año 2020), vinculado singularmente con el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe), introduce otros principios singulares (119).

Sintéticamente, en su contexto, dicho Acuerdo —y la citada ley nacional que lo normativiza positivamente para los argentinos— consagran en materia medioambiental los principios de *información, gratuidad, legitimación activa amplia, facilitamiento de la producción de la prueba, fortalecimiento de pronta ejecución y cumplimiento oportuno de las decisiones judiciales y administrativas, restitución al estado previo al daño, restauración, compensación, garantías de no repetición e instrumentos financieros para la reparación*.

Como se puede apreciar de tal enunciación, tales principios, que propenden básicamente como se ha mencionado a fortalecer la información ambiental, el acceso a la justicia en cuestiones medioambientales y la restauración del daño causado, así como la prevención de daños futuros, complementan instrumentalmente los principios “basales” de la LGA, y apuntan a que, en su real aplicación, sean efectivos y no meramente proclamas.

Así las cosas, y de algún modo dando cierre a todas estas reflexiones, hemos dicho que, además de estos principios propios o específicos del derecho ambiental, inciden también en él particularmente dos principios generales del sistema general de derecho privado, cuales son *la buena fe* y *el abuso de derecho* (denominado en el caso “ecoabuso”). Como lo consigna Cafferatta (120), el nuevo Cód. Civ. y Com. “fortalece el derecho ambiental con tres instituciones que consideramos que se articulan en conjunto” y

(119) *Vide* al respecto CAFFERATTA, "Nuevos principios...", cit., así como "Los principios del Convenio de Escazú", cit.; "Acceso a la justicia ambiental", cit.; "Ley 27.566...", cit., y FALBO, ob. cit.

(120) "Reglas y principios moralizadores...", cit.

constituyen “los escuderos en la tenaz defensa del ambiente”.

Ellos serían a) el principio de buena fe, que en el art. 9º se jerarquiza como principio general del derecho, b) la proscripción del abuso del derecho, en especial cuando afecta al medio ambiente (arts. 10 y 14), y c) la socialización de los derechos individuales —conforme al texto del art. 240, que establece los límites al ejercicio de esos derechos individuales con relación a los de incidencia colectiva (121)—.

Veamos algo al respecto.

Con relación a la *buena fe*, se consigna que en su proyección medioambiental (basilar, en tanto como hemos dicho el componente ético de esta disciplina se relaciona con la equidad, singularmente intergeneracional, como lo menciona la ya aludida encíclica papal *Laudatio Si'*) no solo se deriva la proscripción del “ecoabuso” sino también otro principio general relevante en todo el derecho privado, como lo es el corporizado en la fórmula latina *venire contra factum proprium non valet*.

Como lo expresa el mismo Cafferatta (122), “el Derecho ambiental es esencialmente *transparente*, lo que se manifiesta en su proyección singular hacia los valores de la solidaridad, la paz, la cooperación, la fraternidad y los valores de los derechos humanos de la tercera generación”. Agrega el citado autor —en referencia que compartimos— que “los principios son portadores de valores”, y “los valores ambientales a su vez son la expresión de la ética ambiental y se levantan como la dimensión axiológica de nuestra disciplina (123).

En tal sentido se ha expresado la “Declaración de Río 92” en su principio 27, al decir que “Los Estados y personas deben cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación

(121) Se alude en dicha norma al funcionamiento y la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales y el paisaje (entre otros).

(122) “Derecho privado ambiental a la luz...”, cit.

(123) CAFFERATTA, “Tratado de la buena fe”, cit.

de los principios consagrados en esta Declaración” (124).

En lo que concierne a la proscripción del *abuso del derecho subjetivo* cuando él se proyecta sobre el tema medioambiental —generando el neologismo “ecoabuso”, propuesto por Sozzo (125)—, podemos coincidir con que el tema se inordina dentro de lo que se ha denominado “el giro ecológico del abuso del derecho”, en el sentido de que, además de lo normado en los arts. 10, 14 y 240 del Cód. Civ. y Com., la jurisprudencia se ha expedido en el sentido de hacer operativas dichas normas en casos singulares (126) cuando ellas inciden en la afectación de bienes que integran el patrimonio cultural como bienes de incidencia colectiva. Cabe mencionar que, si bien dicha sentencia de Cámara fue revocada por la Corte Federal con el argumento que los contratos están para ser cumplidos, es relevante la referencia del Tribunal de Alzada en orden a la aplicación en el caso de la doctrina del abuso del derecho en materia medioambiental.

Si bien no es este el lugar ni el momento de abundar con relación a este principio general del derecho, si quizás podríamos recordar que nace en la jurisprudencia francesa a mediados del siglo XIX, originariamente relacionado con la búsqueda de límites internos al ejercicio de

(124) No debe olvidarse que la misma Declaración, antes, en el Principio 19, ya alude a que “Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y deberán celebrar consultas en una fecha temprana y de buena fe”.

(125) “Derecho privado ambiental”, cit., ps. 547 y ss. El referido jurista santafesino alude al “ecoabuso” como “un giro ecológico del abuso del derecho”.

(126) El autor citado precedentemente (SOZZO, ob. cit.) recuerda lo resuelto en CNFed. Civ. y Com., sala II, 18/11/1994, “Uriarte Piñeiro, Carmen y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Educación y Cultura”, cuando la Alzada confirmó el pronunciamiento de la jueza *a quo* en el sentido de rechazar la pretensión de los herederos colaterales del donante de una colección completa de pinturas en favor del Museo Nacional de Bellas Artes de revocar dicha donación por supuesto incumplimiento del donatario, cuando transcurridos casi cincuenta años desde el acto dispositivo gratuito esos herederos pretendían recuperar las obras pictóricas, siendo clara la intención del donante de mantener la integridad de la donación en favor del museo donatario, con lo cual esa pretensión del desmembramiento aparecía como abusiva.

los derechos subjetivos fundamentalmente vinculados al ejercicio del derecho real de dominio sobre las cosas, generando lo que Spota (127) diera en llamar “la instauración de la policía jurídica de los derechos individuales”.

Más adelante, y ya en el siglo XX, la figura del ejercicio abusivo de los derechos individuales comienza a tener consagración legal en las codificaciones civiles (en nuestro derecho positivo, lo hace mediante la incorporación del art. 1071 a través de la ley 17.711 de Reformas), el cual lo prefigura mediante un estándar objetivo (ejercer ese derecho de manera contraria a los fines para los cuales fue reconocido por el derecho objetivo) y subjetivo (hacerlo contrariando los estándares de la buena fe, la moral y las buenas costumbres). Ello, a hoy, en derecho argentino, aparece previsto en el ya mencionado art. 10 del Cód. Civ. y Com., que mantiene dicha conformación, agregando el deber judicial de evitación de la situación abusiva (dentro de la prevención del daño que ella pudiera causar), procurando en lo posible la reposición al estado anterior al hecho o acto abusivo, y confirmando la condigna indemnización si el daño ya fue causado. El art. 11, por su parte, incorpora la figura del “abuso de posición dominante”, con especial relevancia en las relaciones no solo individuales o personales sino también interempresarias (128), y con relevante proyección dentro del derecho del consumo.

Señala Cafferatta (129), con buen tino, que la regulación de las inmisiones inmateriales (ya previstas en el Código Civil derogado, y hoy vigentes también en el Cód. Civ. y Com. como lí-

(127) SPOTA, Alberto G., "Tratado de derecho civil. Parte general", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, t. I, vol. 2, "Relatividad y abuso de los derechos", p. 334. En derecho comparado, y sobre el tema, es paradigmática la obra de quien fuera decano de la Facultad de Derecho de Lyon, JOSSERAND, Louis, titulada "El espíritu de los derechos y su relatividad", Ed. Cajica, Puebla, 1946, ps. 22 y ss.

(128) Por ejemplo, el art. 1º, ley 22.262 de Defensa de la Competencia de 1980 prevé como sancionables conductas empresarias "que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, o que constituyan un abuso de posición dominante en el mercado".

(129) "El ejercicio abusivo de los derechos individuales...", cit.

mites al ejercicio de los derechos reales en las relaciones de vecindad) contienen un factor de atribución “singular”, el cual “se aproxima bastante a la hipótesis del abuso del derecho”, en tanto no se requiere la antijuridicidad de la conducta que los determina (puede existir autorización administrativa para llevarla a cabo), sino la afectación del ámbito de privacidad y tranquilidad del afectado.

Lo cierto es que al día de hoy ya no se discute que los derechos subjetivos son reconocidos por el derecho objetivo, o derecho norma, con una “función”, la cual no se agota con la mera satisfacción de los intereses individuales de su titular, sino que se proyecta hacia lo social, debiendo el portador de esa potestad ejercitarla de modo compatible con ese rol que busca, además de su beneficio (patrimonial o extrapatrimonial), un resultado valioso a nivel comunitario.

Y dentro de esa función social, la conjugación de los arts. 41 de la CN, y 10, 14 y 240 del Cód. Civ. y Com., proyecta dentro de esos límites en el ejercicio de los derechos individuales la no afectación del medio ambiente en todas sus proyecciones, lo que permite así configurar una vía novedosa de ejercicio disfuncional del derecho al que, con acierto, se lo llama “ecoabuso”, o abuso del derecho en perjuicio del ambiente (130).

Uno de los autores del Cód. Civ. y Com. (131) ha expresado que en el contexto del Cód. Civ. y Com. (singularmente, en su Título Preliminar), la jerarquización de los principios rectores de la buena fe y de la proscripción del abuso del derecho han conformado lo que denomina “Principio de sociabilidad”, en tanto impulsa ese “ajuste” en el ejercicio de los derechos individuales hacia una matriz social emplean-

(130) Dentro de la profusa y relevante jurisprudencia —particularmente emanada de la Corte Federal argentina— existente en la materia, se destaca por su relevancia y actualidad el fallo "Barrick c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 04/06/2019, Fallos 342:917, caso en el cual se explicitan esos "límites externos" en el empleo de derechos subjetivos individuales cuando afectan la calidad del medio ambiente.

(131) LORENZETTI, Ricardo L., "Las normas fundamentales...", cit.

do las herramientas que aquellos le confieren. Como lo apunta Sozzo (132), ese “principio de solidaridad” implica “atender al otro”, vale decir, ejercitar mi derecho, pero teniendo en miras no solo los derechos subjetivos de los demás, sino incluso (y especialmente) los derechos o intereses colectivos dentro de los cuales se cuenta el medio ambiente.

Quizá, como se lo pone de resalto (133), la diferencia esencial entre el caso de abuso de derecho subjetivo “clásico”, tradicional o individual, y el “ecoabuso”, se da en cuanto en el primero es un límite “interno” al ejercicio de los derechos subjetivos individuales, mientras en el segundo el límite es “externo”, y hasta puede llegar a abarcar bienes de dominio del Estado.

En definitiva, entonces, vemos claramente que el abuso de derecho asume, dentro del ámbito legal, doctrinario y jurisprudencial de la tutela del medio ambiente, perfiles propios que, además, ubican dicho principio general de todo el sistema jusprivatista en un rol protagónico en la materia de marras.

IX. Conclusiones

a) Los principios generales del derecho, en el mundo actual, son fuentes primordiales de rango constitucional o supralegal que exceden con mucho el mero rol interpretativo de las leyes.

b) No tienen esencia normativa (carecen de supuesto de hecho y de sanción), pero sirven de “ventanas de oxigenación” del sistema (general

o particular) (Gamarra), o “válvulas de seguridad del sistema”, o “tomas de posición” frente al supuesto de hecho de una norma o regla (Zagreblesky), o “mandatos de optimización” de conductas normadas (Alexy, Lorenzetti).

c) No son valores, sino que los realizan.

d) Nacidos del seno de la filosofía jurídica, al día de hoy son interdisciplinarios.

e) Su fuente primordial anida, en el fondo, en el resguardo de los derechos humanos y el denominado “principialismo constitucional”.

f) Es difícil elaborar una nómina de ellos, pero es relativamente fácil inferirlos como pautas de conducta que justifican la existencia de reglas jurídicas.

g) Como criterio general, no cabe “jerarquizarlos”, sino admitir que hay algunos de mayor generalidad que otros.

h) Es elogiable la clara tendencia a la alusión concreta de ellos dentro de contextos constitucionales o legales.

i) Son, quizá, la herramienta más contundente en la lucha (ya ganada) contra el positivismo.

j) En materia medioambiental, existe una pléyade de principios propios (generalmente normativizados) que son específicos.

k) Pero, además de ellos, cobran especial relevancia los principios generales del sistema de derecho privado inherentes a la buena fe, el orden público y el no ejercicio abusivo de los derechos subjetivos individuales cuando afecten al medio ambiente.

(132) SOZZO, Gonzalo, "El ecoabuso...", cit.

(133) *Ibid.*, así como CAFFERATTA, "Abuso de derecho ambiental", cit.

Antología judicial y teoría general del derecho ambiental

Alicia Morales Lamberti (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Estado de derecho ambiental y paradigma ambiental.— III. El ambiente como bien jurídico colectivo.— IV. Función ecológica en el ejercicio de los derechos fundamentales.— V. Responsabilidad intrageneracional e intergeneracional.— VI. Teoría de las fuentes.— VII. El derecho humano al agua.— VIII. Integridad ecosistémica y jurídica de las cuencas hídricas y los ecosistemas relacionados.— IX. Principios ambientales.— X. Principios *in dubio pro ambiente* y *pro aqua*.— XI. Cumplimiento, eficacia y aplicación efectiva del derecho ambiental.— XII. Proceso ambiental y medidas cautelares.— XIII. Evaluación de impacto ambiental.— XIV. Relación de síntesis.

I. Introducción

Se puede convenir que una antología (1) judicial centrada en la producción intelectual y judicial de un magistrado no es frecuente. Sin embargo, en el derecho ambiental habitan juristas que por ser irreductibles, singulares, diferentes, irradian su producción intelectual en decisiones judiciales que tienen memoria para la formación de consciencia colectiva. Un juez ambiental depositario público de la confianza de la sociedad en la interpretación y aplicación de la ley.

Se trata de una doctrina judicial, cuya trascendencia no suele advertirse suficientemente, y donde las respuestas a los conflictos socioam-

bientales son necesariamente "situadas": sus características están determinadas por el contexto ecológico, histórico, cultural, social y económico en que se inscriben y evolucionan, trabajando prospectivamente, con un enlace entre el momento presente, pero asegurando un futuro con sentido común.

Su abordaje constituye una experiencia desafiante y un interesante camino por recorrer, si se enfoca bajo la lente de lo que podemos llamar una "topología conceptual" (2) de sus votos. Al poner su actividad intelectual como inmediatamente "práctica", el jurista-juzgador en una causa judicial concreta debe concebir un modo de abordarla, de pensarla, construirla y expresarla, de un modo que, aunque seguramente diferente de su actividad teórica como doctrinario, evidencie una continuidad lógica entre ambas.

Esta antología de la doctrina judicial generada a partir de los más significativos votos del expresidente y actual ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo L. Lorenzetti, aunque no sea exhaustiva, procura evidenciar cómo su pensamiento doctrinario y el efectivo

(*) Abogada; doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba); profesora titular de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales en 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) La palabra "antología" proviene del griego *anthos*, que significa "flor", y *legein*, que quiere decir "escoger" o "seleccionar". Así, originalmente la palabra se usaba para designar una selección de flores para un ramillete.

(2) DELEUZE, Gilles, "Entretien sur Mille Plateaux", Pourparlers, Paris, p. 45.

ejercicio de su función judicial en el máximo tribunal han contribuido a sentar bases esenciales de la actual teoría general del derecho ambiental, sus principales institutos, reglas, principios y valores, con especial énfasis en su denominada teoría de la implementación, orientada hacia la eficacia del derecho ambiental.

II. Estado de derecho ambiental y paradigma ambiental

El derecho ambiental tiene en nuestro sistema legal jerarquía y tutela constitucional (art. 41, CN). El estado de derecho ambiental es la vigencia de la ley dentro de un paradigma ambiental (3). En ese sentido, el reconocimiento de estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41, CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente (4).

La Constitución Nacional tutela el ambiente de modo claro y contundente y la doctrina judicial de Ricardo Lorenzetti, ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de derecho (5), donde resulta impres-

(3) UICN, Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. Acerca del Estado de Derecho en materia ambiental. Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, Brasil, 2016. *Id.* LORENZETTI, Ricardo, "Principios e instituciones de derecho ambiental", Ed. Wolters Kluwer, Madrid, p. 85.

(4) 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; CS, 04/06/2019, "Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos 342:917 y CS, 23/02/2016, "Cruz, Felipa y otros c. Minera Alumbra y otro s/ sumarísimo", Fallos 339:142.

(5) 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 y CS, 25/02/2021, "Saavedra, Silvia Graciela y otro c. Adminis-

tración Nacional de Parques Nacionales- Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental", Fallos 344:174.

cindible crear un contexto institucional que promueva el cumplimiento de la ley de modo coherente con el sistema ecológico (6), en razón que el verdadero Estado de derecho no puede existir sin la sustentabilidad ecológica y un Poder Judicial independiente (7). El Estado de derecho es un solo estado, y si admite un sistema protectorio de la parte débil, también se aplica a la naturaleza; si admite un sistema de derechos humanos colectivos, también se aplica en este campo (8).

Entre esos aspectos, se incluyen (9) mecanismos eficaces de rendición de cuentas, transparencia, ética, integridad y lucha contra la corrupción, así como la utilización de los mejores conocimientos científicos disponibles. Se trata de categorías que operan a modo de principios transversales (10): igualdad y no discrimi-

tración Nacional de Parques Nacionales- Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental", Fallos 344:174.

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

(7) BENJAMIN, Antonio, "Função ambiental", en *Dano Ambiental. Prevenção, reparação, e repressão*, Revista Dos Tribunais, 1993, p. 49.

(8) LORENZETTI, Ricardo, conferencia en el Congreso Argentino de Derecho Ambiental, 2018.

(9) LORENZETTI, Ricardo, "Principios e instituciones...", cit., p. 86. Un estado de derecho constitucional implica afirmar que rige el principio de la decisión mayoritaria con el límite de los derechos fundamentales. La mayor garantía que se puede otorgar a estos derechos es que no sean derogados por las mayorías ni por el mercado. Ello debe ser entendido como una garantía de contenido mínimo. Si no fuera así, directamente no funcionaría la democracia, porque los derechos ya estarían previamente adjudicados por técnicos o por jueces, sin debate alguno en la sociedad, satisfaciendo a unos con exclusión de otros.

(10) Se trata de principios que integran los estándares contemplados en el enfoque de derechos humanos de la Corte Interamericana, a saber: 1) contenido mínimo de los derechos y universalidad; 2) respeto por los derechos humanos, incluido el derecho a un medio ambiente sano, seguro y sostenible; 3) progresividad y no regresividad; 4) igualdad y no discriminación; 5) acceso a la justicia y mecanismos para la resolución imparcial, independiente y oportuna de las controversias; 6) reglas eficaces sobre el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia ambiental y 7) participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas públicas.

nación; acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia ambiental.

El estado de derecho ambiental se basa en reglas, principios y valores democráticos participativos y deliberativos: una concepción democrática deliberativa de la gobernanza ambiental. Por ello, la inexistencia del estado de derecho en materia ambiental y la falta de cumplimiento de los derechos y las obligaciones de índole legal podrían tornar arbitrarias, subjetivas e impredecibles la buena gobernanza, la conservación y la protección ambiental **(11)**. Calificar jurídicamente determinados derechos ambientales como fundamentales produce dos tipos de efectos: declaración de inconstitucionalidad de leyes que los afecten gravemente y pretensiones positivas de satisfacción del contenido mínimo del Derecho, como ocurre con el acceso al agua potable.

Con ello, la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene 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 **(12)**.

La Constitución Nacional permite afirmar la existencia de deberes positivos de protección ambiental, entre los cuales se destaca el deber de preservarlo. 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, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario. Ello surge del art. 41 de la norma fundamental argentina, que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos en cabeza de los particulares y

(11) LORENZETTI, R., "Principios e instituciones...", cit., ps. 36-37.

(12) CS, 20/06/2006, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", Fallos 326:2316 y CS, 25/02/2021, "Saavedra, Silvia Graciela y otro c. Administración Nacional de Parques Nacionales - Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental", Fallos 344:174.

del Estado. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente (LGA) y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado **(13)**. En el mismo sentido, y en orden a la efectividad de esa protección, el art. 240 en nuestra legislación civil y comercial, establece como límite 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 **(14)**.

En ese marco, el estudio del derecho ambiental requiere una descripción del contexto cultural en el que se desenvuelve. De esa manera se comprende que no es una mera especialidad ni un problema de derechos individuales, sino un cambio de paradigma **(15)**. 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 **(16)**, emerge cuando la naturaleza aparece como un sujeto vulnerable, necesitado de protección: la "naturaleza", como totalidad, y no solo sus partes, es lo que ahora aparece como recurso escaso, cuestión que nos presenta un escenario conflictual diferente a los que conocemos.

Precisamente, porque el derecho ambiental requiere una descripción del contexto en el que se desenvuelve, la protección de la diversidad cultural **(17)** ha sido recientemente integrada

(13) CS, 01/12/2017, "La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas", Fallos 340:1695, consid. 6º y CS, 04/06/2019, "Barrick", Fallos 342:917.

(14) CS, 25/02/2021, "Saavedra", Fallos 344:174.

(15) LORENZETTI, Ricardo, "Principios e instituciones...", cit., p. 23.

(16) LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría del derecho ambiental", cit., p. 3. El holismo ofrece otra visión del mundo, diferente de aquella que la ciencia tradicional representa, basada en la falsa creencia que la naturaleza debe ser fragmentada para ser mejor comprendida.

(17) CS, 08/04/2021, "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c. Provincia del Neuquén s/acción de Inconstitucionalidad", Fallos

como un subcomponente del paradigma ambiental: "el respeto a la identidad cultural". En su voto (compartido) Lorenzetti hace realidad el modelo de Estado multicultural, plural y diverso que ha adoptado nuestro país, donde las diversas etnias, culturas y nacionalidades que habitan el suelo argentino se congregan, a los fines institucionales y con sus matices, bajo el mismo techo constitucional.

El paradigma ambiental recepta un giro ontológico que se aparta del proceso de ordenación y categorización propio de la cultura dominante. La otredad cultural "corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo" (18), constituida a partir de la cosmovisión y valores espirituales que emana de una estrecha relación intersubjetiva de pueblos con sus territorios y recursos naturales, en especial los aspectos colectivos de esa relación. El modelo de institucionalidad política del Estado ha sido históricamente construido y definido a través del sometimiento de diversas culturas a los valores y concepciones de una cultura hegemónica; el paradigma de protección de la diversidad cultural cuestiona el ideal de una ciudadanía homogénea y, por lo tanto, asimilacionista con los pueblos indígenas y advierte, por el contrario, que se debe lograr el efectivo reconocimiento de la diferencia y un diálogo abierto que permita discutir sobre los espacios y mecanismos de

344:441: "la reforma de la Constitución Nacional de 1994 reemplazó la antigua cláusula del art. 67, inciso 15, que disponía como obligación del Congreso Nacional la de 'conservar el trato pacífico con los indios, y promover a la conversión de ellos al catolicismo', tratándolos como sujetos ajenos a la vida nacional colectiva y como objetos de dominación cultural, por el actual art. 75, inciso 17, que da cuenta de la adopción de un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Esta disposición, luego de afirmar la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, les garantiza un conjunto de derechos específicos basados en el deber de asegurar 'el respeto a su identidad cultural', entre los que destaca como instrumento para hacerlos efectivos el derecho a la participación en la gestión referida a los recursos naturales y otros intereses que los afecten".

(18) Corte IDH, "Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. 2005 (fondo, reparaciones y costas)", serie C, nro. 125, 2010.

interacción entre la forma de vida indígena y la no indígena (19).

De la existencia de un paradigma ambiental y cultural, que actúa como un principio organizativo del pensamiento, surge no solo una nueva disciplina, como se suponía con las etapas anteriores, puesto que estamos ante una cuestión que incide en el plano propositivo de las hipótesis, y es, fundamentalmente, una mudanza epistemológica (20). Esta etapa "paradigmática" es la que está cambiando el modo de ver los problemas y las soluciones proporcionadas por nuestra cultura.

Quien se basa en paradigmas da preeminencia al contexto por sobre la norma y para alcanzar soluciones a los debates acerca de esta etapa "paradigmática" se propone lograr una armonización del sistema jurídico con el ecológico, todo lo cual implica identificar el bien jurídico protegido y luego fijar los instrumentos para que ese objetivo sea cumplido con eficacia (21).

III. El ambiente como bien jurídico colectivo

El primer elemento novedoso que trae el paradigma ambiental es el advenimiento de un bien jurídico del que no se tenía antecedentes: el ambiente. Este no pertenece a las categorías clásicas. En efecto, la caracterización del ambiente como "un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible" (22) cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no solo debe atender a las pretensiones de las partes (23).

El daño que un individuo causa al bien colectivo ambiente se lo está causando a sí mismo. La mejora o la degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transin-

(19) CS, 08/04/2021, "Comunidad Mapuche Catalán", Fallos 344:441.

(20) LORENZETTI, Ricardo, "Principios e instituciones...", cit., p. 24.

(21) *Ibid.*, p. 39.

(22) Cfr. Fallos 340:1695 (La Pampa, Provincia de c. Mendoza) y Fallos 329:2316.

(23) CS, 04/06/2019, "Barrick", Fallos 342:917.

dividual (24). La noción jurídica de ambiente, como bien colectivo de jerarquía constitucional, que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, es el referente teórico, práctico y finalista de un orden público ambiental indisponible, que suscita no solo una mutación solamente disciplinaria sino epistemológica (25).

Los derechos de incidencia colectiva tienen por objeto bienes colectivos, como el ambiente en sí mismo. En estos supuestos, Lorenzetti define —en su voto en la causa “Halabi”—, que existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes (26). En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando este pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso este sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno (27).

(24) CS, 20/06/2006, “Mendoza”, Fallos 326:2316.

(25) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., “Las normas fundamentales de derecho privado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 483.

(26) CS, “Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873 - dec. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 332:111.

(27) Cfr. CS, “Mendoza” (Fallos 326:2316), los votos de Ricardo Lorenzetti en “Mujeres por la vida” (Fallos 329:4593) y la sentencia “Halabi” (Fallos 332:111) y especialmente su libro “Justicia colectiva”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

En consecuencia, el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos 329:2316 y 340:1695) (28). El bien colectivo es un componente del funcionamiento social y grupal. Por ello, cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga (29). Además del ambiente como macro bien, integra micro bienes ambientales, tal el caso del 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 (30).

El ambiente es un “macrobien”, y como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas. Un concepto donde predomina la noción de “interrelación” o “sistema” que es esencial para la comprensión (31). Por su parte, los “microbienes” son partes del ambiente, que en sí mismos tienen la característica de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el macrobien.

Esta concepción sistémica y relacional, que coincide con la Encíclica del Papa Francisco *Laudato Si'* cuando hace referencia a la “ecología integral y sistémica”, posee trascendencia en teoría del derecho ambiental y en el rol del juez Lorenzetti en su implementación: “cuando los jueces toman decisiones en materia ambiental hay que tener en cuenta los sistemas, y cuál es el impacto sistémico”.

(28) Desde la perspectiva de la noción jurídica de ambiente, como bien colectivo de jerarquía constitucional situado en la esfera social y que por su naturaleza jurídica, es de uso común y indivisible, su menoscabo se conceptúa como daño ambiental colectivo conforme al art. 27, ley 25.675, que establece: “Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

(29) LORENZETTI, Ricardo, “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, LA LEY 1996-D, 1030.

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

(31) Cfr. LORENZETTI, Ricardo, “Principios e instituciones...”, cit., ps. 98-99.

IV. Función ecológica en el ejercicio de los derechos fundamentales

Entre todas las reglas, principios y valores que enmarcan el estado de derecho ambiental, se destaca la función ecológica o ambiental en el ejercicio de los derechos fundamentales, circunstancia que conlleva la inescindible compatibilización entre las prerrogativas individuales y las colectivas (32).

La moderna concepción de las medidas necesarias para la protección respecto del medio ambiente, se basan esencialmente en los principios preventivo y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles (33) y reparatorios del daño ambiental (34). Todo ello advierte, que la racionalidad que presupone el estado de derecho ambiental para el campo legal, no es ya antropocéntrica sino ecocéntrica e intergeneracional (35). El dualismo del antropocentrismo, es suplantado por redes relacionales que integran en igual jerarquía a distintos seres vivos u otros componentes del ambiente. Se conforman así, comunidades que son tanto sociales como ecológicas, obligando a pensar desde otros puntos de partida cómo se concibe jurídicamente el mundo natural.

Si bien la distinción entre dos justicias —una ambiental y otra ecológica— es reciente, las múltiples disposiciones normativas que existen y el enfoque pluralista que promueve en nuestro caso la propia Constitución Nacional hacen que su relación (formal) sea dinámica y en permanente evolución, permitiendo la coexistencia del paradigma ambiental con el paradigma

ecológico (36), basado en el reconocimiento de valores intrínsecos y derechos de la naturaleza, en el marco de una justicia ecológica intergeneracional.

Es posible identificar al menos tres aproximaciones teóricas que enraízan en el derecho ambiental argentino: En primer lugar el enfoque antropocéntrico (derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano art. 41, CN) y en segundo lugar, una visión biocéntrica intergeneracional, que reivindica concepciones más globales y solidarias de la responsabilidad humana, que abogan —en igual medida— por los deberes del hombre con la naturaleza y las generaciones venideras: “las actividades productivas deben satisfacer las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”.

Pero también, y complementariamente, se distinguen precisos enfoques ecocéntricos, que si bien conciben la naturaleza como bien colectivo (objeto), su protección y restauración se fundamenta en valores intrínsecos propios de un sujeto de derechos, que permiten cosmovisiones plurales y alternativas a los planteamientos anteriores (el daño ambiental generará la obligación prioritaria de recomponer (art. 41, CN). En este sentido, la recomposición y compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza.

Esta visión ecocéntrica, a modo de ejemplo, claramente se recepta en varias normas de la ley 25.675 General del Ambiente, entre cuyos objetivos está “mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos”; “posibilitar la sustentabilidad ecológica” (art. 1º); “...garantizar la

(32) LORENZETTI, Pablo, "La función ecológica en el Estado de Derecho Ambiental Argentino", en IUCN WCEL, *Country and Region Reports. World Commission on Environmental Law*, 2018.

(33) CS, 02/07/2020, "Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná c. Carboquímica del Paraná SA", Fallos 343:519.

(34) CS, 19/02/2015, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios ambiental (derivados de la contaminación ambiental del río Matanza- Riachuelo)", Fallos 338:80.

(35) LORENZETTI, Pablo, ob. cit., 2018.

(36) Mientras la justicia ambiental se basa en los derechos a un ambiente sano o la calidad de vida, reconociendo las categorías jurídicas de bienes y derechos colectivos relativos al ambiente desde una perspectiva sujetos-objeto, y está destinada a resolver conflictos en una dimensión distributiva de desigual acceso social a recursos, bienes y servicios ambientales, la justicia ecológica parte de reconocer a la naturaleza desde sus valores propios: un objeto que quiere ser sujeto y generar relaciones intersubjetivas (sujeto-sujeto), que posee valores intrínsecos y sus propios derechos a que se respete integralmente su existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga” (art. 6°); y la concepción de daño ambiental colectivo: “Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

Más ampliamente, el art. 240 del Cód. Civ. y Com., que instituye un “orden público de coordinación” y se erige como “columna vertebral del Derecho Ambiental” (Cafferatta, 2019), condensa una clara concepción ecocéntrica cuando establece que el ejercicio de los derechos individuales no solo debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, sino especialmente “no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

En consecuencia, los derechos individuales, deben ser armonizados con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14, 240 y 241, Cód. Civ. y Com.) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1°, 2° y 4°, ley 25.675 General del Ambiente), teniendo en cuenta el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados (37).

V. Responsabilidad intrageneracional e intergeneracional

En la teoría judicial de Ricardo Lorenzetti, del reconocimiento de la función ambiental de los derechos en el ámbito del paradigma de la justicia ambiental intergeneracional, emerge el paradigma ambiental, que se basa en una idea de interacción compleja y que toma en cuenta los efectos individuales y colectivos, presentes y futuros de la acción humana (derechos de cuarta generación o generaciones futuras), que representa para los individuos, un sistema donde predominan los deberes y los límites a los derechos en razón de la protección que demanda el bien colectivo.

(37) Cfr. CS, 04/06/2019, “Barrick Exploraciones Argentinas”, Fallos 342:917 y 25/02/2021, “Saavedra, Silvia”, Fallos 344:174.

Tempranamente, Lorenzetti advirtió que tradicionalmente se ha preferido la opción por el mayor valor presente de una actividad, antes que por sus consecuencias futuras, que no entran en la contabilidad. Ahora se obliga a realizar un balance, un equilibrio, que importa un juicio de previsibilidad abstracta futura, sobre las consecuencias que una actividad puede tener sobre las generaciones futuras y luego una valoración entre ellas y las presentes.

El sujeto “actual” es legitimado en función de integrar una generación “actual”, a la cual se le adjudica una responsabilidad, y para preservar un bien futuro. Es un moderno e impropio gestor de negocios ajenos, pero que no pertenecen a una persona sino a una generación, y que no está ausente, sino que todavía no existe. La regla de ahorrar o de preservar el medio ambiente para generaciones futuras establece una acción colectiva intergeneracional (38).

Por ello, reiteradamente ha señalado en sus votos que en materia ambiental el caso debe ser analizado desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el citado art. 4° de la LGA introduce los principios de prevención del daño y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles (39). Dicho en otras palabras: el medio ambiente, las generaciones futuras y la naturaleza son un elemento transversal al derecho ambiental argentino.

Estas teorías científicas también ofrecen un nuevo entendimiento de la relación entre los seres humanos y su entorno. El supuesto de que nuestra especie es distinta e inherentemente superior a otras formas de vida o de que tenemos un lugar y una función privilegiados en el cosmos no tiene ninguna base científica (ONU, 2012).

En el abordaje actual, el paradigma ambiental completa la teoría de los derechos. Esta nueva “ontología” da lugar al surgimiento de deberes de protección de los bienes colectivos y a límites

(38) LORENZETTI, Ricardo L., “Responsabilidad colectiva...”, cit., p. 925.

(39) CS, “Mamani”, Fallos 340:1193 y CS, “Cruz, Felipa”, Fallos 339:142.

en el ejercicio de los derechos individuales que surgen cuando afectan al bien colectivo (ambiente) de modo irreversible (40).

Si la naturaleza posee valores objetivos, independientes de las valoraciones y prestación de utilidades para los seres humanos, al elenco de los conflictos ambientales de tipo distributivo y sus correlativos principios y reglas jurídicas basados en la equidad distributiva, se adicionan conflictos ontológicos que requieren ponderar la relación de orden intersubjetivo de los humanos con los elementos naturales no humanos y las generaciones futuras.

Consecuentemente, progresivamente el biocentrismo, fue incorporando la mirada ecocéntrica y los valores intrínsecos, cuestionando los supuestos epistemológicos y jurídicos tradicionales que reducen la naturaleza a sus características físicas observables que posee un valor de cambio, como medida de todas las cosas. Así, el ambiente como bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible, requiere respuestas a intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica por los numerosos derechos afectados, exigiendo soluciones enfocadas en la sustentabilidad futura (41). Por esta razón, reitera Lorenzetti, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino 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.

La tesis sostenida por Ricardo Lorenzetti, sobre el carácter policéntrico de los procesos colectivos, exige una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados que representan intereses horizontales competitivos.

En el marco de una justicia ecológica intergeneracional con visión policéntrica, la medida

(40) Cfr. LORENZETTI, Ricardo, "Principios e instituciones...", cit., p. 96; *id.*, "Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

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

cautelar tendiente a hacer cesar de modo efectivo e inmediato los focos de incendio producto de la quema de pastizales fue considerada procedente, si resulta que hay una afectación severa de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional; que hay efectiva degradación ambiental o afectación de una cuenca hídrica que compromete seriamente su funcionamiento y sustentabilidad, en tanto su conservación es prioritaria, no solo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras (42).

Por ello, cuando existe evidencia de obras con suficiente relevancia como para alterar un amplio ecosistema, esas consecuencias deben ser adecuadamente medidas teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras (43).

Una justicia ecológica intergeneracional con visión policéntrica, dispuesta 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" (44), implica que el término "sustentabilidad" no calificaría un modelo de desarrollo, sino que se trataría de una construcción teórica que exige adoptar medidas y mandatos judiciales orientados hacia un resultado sustantivo y efectivo de protección y restablecimiento de la integridad de los ecosistemas, al igual que para mantener y mejorar la resiliencia de los sistemas socioecológicos, considerando el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente (45).

Por esta razón, la solución judicial en materia ambiental, tampoco puede limitarse a resolver

(42) CS, 11/8/2020, "Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil", Fallos 343:726.

(43) CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia", Fallos 339:515.

(44) CS, 04/06/2019, "Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional", Fallos 342:917.

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

el pasado, ni solo el interés de las generaciones presentes, sino también la defensa de las generaciones futuras (46); esto es, debe estar ordenada 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 (47).

Como vemos, el paradigma ambiental construye sustantivamente una justicia ecológica intra e intergeneracional, con visión policéntrica del proceso ambiental, sin renunciar a aplicar al derecho ambiental como ciencia de la solución de problemas, pero con una constelación sistemática y consecuencialista (48), ya que 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 (49), con anclaje finalista en valores constitucionales y apartada del utilitarismo clásico (50).

(46) Cfr. CS, 25/02/2021, "Saavedra", Fallos 344:174 y CS, 11/8/2020, "Equística", Fallos 343:726.

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

(48) LORENZETTI, Ricardo L., "El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores", LL 1998-A, 1039. Cfr. CS, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia", Fallos 339:515: "Si la acción de amparo ambiental promovida está destinada a impedir el comienzo de la construcción de dos represas localizadas en la provincia demandada, e involucra trabajos de una magnitud considerable, con gran potencialidad para modificar el ecosistema de toda la zona, se requiere medir adecuadamente sus consecuencias teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras, por lo que se hace necesario asegurar la sustentabilidad del desarrollo que se emprende y en consecuencia, el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado".

(49) CS, 25/02/2021, "Saavedra, Silvia Graciela y otro c. Administración Nacional de Parques", Fallos 344:174.

(50) En el caso "Salas", se configuraba una situación clara de peligro de daño grave que podría cambiar sustancialmente el ambiente regional, "afectando no solo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio". El voto del ministro Lorenzetti ar-

VI. Teoría de las fuentes

Como presidente de la Comisión redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ricardo Lorenzetti anticipó que el nuevo Código Civil y Comercial nos lleva a reformular parte de la teoría general del Derecho, replanteando la teoría de las fuentes, la teoría de la interpretación, la teoría de los bienes, la teoría de los derechos, la teoría de las normas, la teoría de las decisiones judiciales y la teoría de la acción.

Con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, los tratados internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte deben ser tenidos en cuenta como fuente del derecho para decidir un caso (51). Pero además, en la labor de interpretación y aplicación de una norma —según el art. 2º (52)— también tiene especial relevancia el sistema de derechos humanos, cumpliendo una función de integración hermenéutica, por poseer "un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema" (53).

Se introduce así, de manera expresa, la necesidad de que "el operador jurídico, dentro de un análisis completo (de modo coherente) de todo el ordenamiento, tenga en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos

bitró una solución que "armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados", es decir, considerando todos los intereses involucrados en el conflicto (CS, 29/12/2008, "Salas, Dino y otros c. Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo").

(51) "Art. 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

(52) "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".

(53) LORENZETTI, Ricardo L., "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY 2014-E, 1243.

humanos —el derecho ambiental, es un derecho humano o fundamental del hombre—, los principios y los valores jurídicos —el derecho ambiental tiene principios propios, consagrados en los arts. 4º y 5º de la ley 25.675 General del Ambiente y presenta como anclaje de determinación los bienes y valores colectivos” (54).

Como ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de la Nación, cuando se plantea un caso de conflicto de normas constitucionales y de pluralidad de fuentes, debe aplicarse la regla de la interpretación coherente y armónica. La determinación del referido estándar exige: 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 y c) considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos (55).

En particular, el pluralismo de fuentes y la regla de precedencia que da prioridad a las normas de tutela ambiental, sumado a la protección efectiva basada en la teoría de la implementación, que se basa en la regulación continua de los fenómenos jurídicos (56), y en un marco de respeto a “microsistemas normativos autosuficientes”, como lo es el derecho ambiental como especialidad, el Código Civil y Comercial integra estándares que sirven de guías para la interpretación y decisión judicial, en un complejo sistema de fuentes constituido por reglas, principios y valores, que remiten a la teoría del estado de derecho sustentada por Ricardo Lorenzetti.

(54) Vid. CAFFERATTA, Néstor A., "El derecho ambiental en el Código Civil y Comercial sancionado", *RD Amb.*, nro. 40, oct.-dic., 2014, y "Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación", *LA LEY*, Sup. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Com. del 17/11/2014, 273.

(55) Cfr. CS, "Telefónica de Argentina SA", *LA LEY* del 28/08/2007, 6. Vienen al caso las palabras del juez Fayt: "Los magistrados deberán agregar el uso de la razón, el conocimiento de la realidad, la comprensión del pasado y la proyección de las consecuencias futuras" (Fallos 310:2478).

(56) LORENZETTI, Ricardo, "Principios e instituciones...", cit., p. 91.

Por una parte, integra una fuente de supremacía y coherencia tradicionalmente externa al derecho privado (derechos fundamentales - derechos humanos), a través de la cual el razonamiento judicial debe receptor el efecto de las garantías y derechos fundamentales de jerarquía constitucional, en la actuación y aplicación de las normas en conflicto, mediante decisiones razonablemente fundadas en aquellos (art. 3º).

Por otra parte, el Código integra al sistema de derecho privado una fuente interna de coordinación [compatibilidad de los derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva (57)] y otra de convergencia y subordinación (límites al ejercicio abusivo de los derechos individuales sobre bienes colectivos, cuando pueda afectar al ambiente o a los derechos de incidencia colectiva en general) (58), mediante una regla de precedencia lógica en el caso de los conflictos entre bienes colectivos e individuales” (59).

En tercer lugar, internaliza límites de coexistencia de normas en el sistema de derecho privado, cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, exigiendo el respeto de la normativa sobre presupuestos mínimos de protección ambiental que resulte aplicable en cada caso (60). Con ello, la integración hermenéutica de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, impregna el razonamiento y decisión judicial, de manera de no enfrentarlas a los principios ambienta-

(57) "Art. 240.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. 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..."

(58) "Art. 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".

(59) LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría del derecho ambiental", cit., p. 12.

(60) "Art. 241.- Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable".

les y al diseño sustantivo y procesal específico que la LGA ha reglado para la defensa de derechos de incidencia colectiva, así como a los umbrales mínimos de protección ambiental sectoriales, definidos por las demás leyes de presupuestos mínimos.

Por último, el alcance del ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes colectivos, exige al intérprete balancear su “compatibilidad” con los derechos de incidencia colectiva y verificar su “conformidad” al microsistema especial integrado por normas ambientales nacionales, provinciales y municipales dictadas en el interés público (61), las que a su vez, mantienen su vigencia en cuanto no se oponga a los principios ambientales y disposiciones contenidas en la ley 25.675 General del Ambiente, cuya interpretación y aplicación y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, está sujeta al cumplimiento de los principios enunciados en sus arts. 4º y 5º (62).

De esta compleja ingeniería que estructura el sistema de fuentes del Código se evidencia una clara influencia del derecho ambiental como sistema de principios y normas especiales, sobre el derecho general. Recíprocamente, los “efectos horizontales de las garantías constitucionales” y la reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado que recepta el Código tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el derecho ambiental, sus reglas, los principios ambientales, los bienes y los valores colectivos.

(61) CCyC: "Art. 240.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. 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".

(62) Las disposiciones de la LGA nro. 25.675 son de orden público (art. 3º) y "se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en esta".

VII. El derecho humano al agua

Entre los muchos instrumentos internacionales vigentes, se ha consagrado que “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” (63). Asimismo, Naciones Unidas declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos (64).

Con el precedente “Kersich” (65), y estando en juego el derecho humano al agua potable, la Corte resolvió mantener la cautelar dispuesta por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se dicte un nuevo fallo con carácter de urgente, pues los jueces de la causa no aplicaron las reglas del proceso colectivo previsto en el art. 43 de la CN, cuyas características principales y modalidades fueron enunciadas en el caso “Halabi” (Fallos 332:111), y se procuraba la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable. El objeto de la pretensión —por su carácter— resulta insusceptible de apropiación individual y la pretensión incoada persigue que la provisión domiciliaria en red de ese bien, se realice con características y contenidos que cumplan con los estándares normativos vigentes.

El acceso al agua potable, consideró el voto, “incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y en el campo de los derechos de incidencia colectiva, asimismo es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia”.

En el caso, no había dudas de que existía la necesidad de una tutela judicial urgente, en la

(63) Naciones Unidas, obs. gral. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 15/11/2002.

(64) Naciones Unidas, res. A/RES/64/292, del 30/07/2010.

(65) CS, 02/12/2014, "Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses SA y otros s/ amparo", Fallos 337:1361.

medida que estaba en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y al mismo tiempo existía una demora de la demandada en la solución definitiva de esa situación.

VIII. Integridad ecosistémica y jurídica de las cuencas hídricas y los ecosistemas relacionados

Así como el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas (individual y colectivamente), razón por la cual debe ser tutelado por los jueces; bajo el paradigma ecocéntrico y sistémico, 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” (66).

También el tribunal, con voto de Ricardo Lorenzetti, resaltó en varios conflictos judiciales que tenía una consideración central el derecho humano al agua potable (67), la capacidad de resiliencia como condición de supervivencia de los sistemas ecológicos. La consideración del agua como microsistema ambiental, parte de la tesis de Lorenzetti, que el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible. Además del ambiente como macro bien, el uso del agua es un micro bien ambiental y, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible (68).

Por ello, el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solo los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la LGA (69). La trascendencia del concepto y características del abordaje de los problemas ecológicos y jurídicos de las cuencas hídricas, se define en el campo de

la justicia ecológica: es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia” (70).

De esa concepción integral de Ricardo Lorenzetti, es posible destacar relevantes estándares ecosistémicos y jurídicos en la teoría de la decisión judicial ambiental:

a) Se entiende por cuenca hidrográfica “el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común” (71). 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” (72).

b) La cuenca hídrica es “la unidad que comprende al ciclo hidrológico en su conjunto ligado a un territorio y a un ambiente en particular; se trata de un sistema integral que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua” (73).

c) “La cuenca hídrica es la unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular, es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo, entre otras, a los humedales” (74).

d) “La concepción misma de la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territo-

(70) CS, 02/12/2014, “Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses SA y otros s/ amparo”, Fallos 337:1361.

(71) CS, 01/12/2017, “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, Fallos 340:1695.

(72) CS, 22/08/2019, “Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051”, Fallos 342:1327.

(73) Cfr. CS, 03/12/2019, “Majul”, Fallos 342:1203 y 11/07/2019, “Buenos Aires, Provincia de c. Santa Fe, Fallos 342:2136.

(74) CS, “Majul”, Fallos 342:1203.

(66) Cfr. LORENZETTI, Ricardo, “The Conflict over the Atuel River in Argentina”, *Environmental Law Reporter* 48, 2018, 10220-10223.

(67) CS, 01/12/2017, “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, Fallos 340:1695.

(68) CS, 03/12/2019, “Buenos Aires, Provincia de c. Santa Fe”, Fallos 342:2136.

(69) CS, 11/07/2019, “Majul”, Fallos 342:1203.

rio y a un ambiente en particular” (75). Es por esto que los daños ambientales generados por eventuales casos de contaminación de acuíferos, se aparta precisamente del principio rector establecido en materia de derechos propietarios, ya que “se atiende a la custodia del ambiente como un todo y no una parte de cada uno de los daños localizados dentro del ámbito exclusivo de las propiedades de los demandados” (76).

e) Conforme a los parámetros ecológicos y jurídicos anteriores, la cuenca “es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua” (77). 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” (78).

f) La importancia del conflicto implica que la solución del caso que involucre una cuenca hídrica interjurisdiccional debe ser abordada desde una perspectiva integral, que conlleva para el tribunal “la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales, porque los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales” (79).

g) En otras palabras, en la planificación, gestión y decisiones administrativas y judiciales, no debe desconocerse cuáles serán las consecuencias ambientales en toda la cuenca hídrica, obligación que emana de lo dispuesto en la ley 25.688 de Presupuestos Mínimos Ambientales, para la preservación de las aguas, su

(75) CS, 01/12/2017, “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, Fallos 340:1695.

(76) CS, 19/02/2015, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, Fallos 338:80.

(77) CS, 01/12/2017, “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, Fallos 340:1695.

(78) CS, 03/12/2019, “Buenos Aires, Provincia de c. Santa Fe”, Fallos 342:2136.

(79) CS, 01/12/2017, “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, Fallos 340:1695, criterio reiterado el 22/08/2019, en “Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051”, Fallos 342:1327.

aprovechamiento y uso racional, que dispone expresamente en su art. 3º que “Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles”.

h) Además de esas connotaciones relevantes, resalta la importancia del ciclo hidrológico para el funcionamiento ecológico; la interconexión entre los sistemas de agua subterránea y superficial; así como la importancia de enfrentar los retos del agua dulce a nivel de cuenca, subrayando explícitamente las condiciones que deben cumplirse, para alcanzar una evaluación ambiental que incorpore un enfoque multidimensional y policéntrico y tenga en cuenta la complejidad de las relaciones socioecológicas subyacentes (80).

i) En consecuencia, la regla es el tratamiento de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión, a cargo de un organismo de cuenca, en contraposición al manejo sectorizado de la acción (81). Las cuencas son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser utilizados y conservados de manera integrada. La territorialidad ambiental y la territorialidad federal, encuentran su representación y conjugación en las autoridades interjurisdiccionales de cuenca, organismos propios del federalismo de concertación, para la coordinación del manejo racional, equitativo y sostenible del agua de las cuencas hídricas (82).

j) Cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente —que involucran la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua— la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos, sino que

(80) Cfr. CS, 25/02/2021, “Saavedra, Silvia Graciela y otro c. Administración Nacional de Parques”, Fallos 344:174; 03/12/2019, “Buenos Aires, Provincia de c. Santa Fe”, Fallos 342:2136 y “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia”, Fallos 339:515.

(81) CS, 01/12/2017, “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, Fallos 340:1695.

(82) Cfr. CS, “Buenos Aires, Provincia de c. Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo - derivación de aguas”, citado anteriormente.

debe ser abordada desde una perspectiva que integra de manera sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad. Por esta razón, la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales, también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente **(83)**.

k) En consecuencia, la visión de Ricardo Lorenzetti, que hace suya mayoritariamente el alto tribunal, en casos de afectación, contaminación o degradación ambiental de cuencas hídricas, la decisión judicial “debe ser integral, holística y totalizadora” y “la gestión hídrica debe estar fuertemente vinculada a la gestión territorial, la conservación de los suelos y la protección de los ecosistemas naturales” **(84)**.

IX. Principios ambientales

En el marco del enfoque del estado de derecho ambiental, cuando el Código Civil y Comercial regula sobre el método de interpretación exige un diálogo de fuentes, teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, todo de manera coherente con el conjunto del ordenamiento jurídico.

Como enseña Néstor Cafferatta, el derecho ambiental es esencialmente un derecho principista y valorista, un derecho de base solidaria, un derecho esencialmente eticista **(85)**. El anclaje del derecho ambiental son los bienes y los valores colectivos. Prueba de esto es que los arts. 4º y 5º de la ley 25.675 establecen principios de política ambiental que son verdaderos principios de derecho ambiental.

(83) CS, 26/04/2016, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia", Fallos 339:515 (consids. 17 a 22).

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

(85) CAFFERATTA, Néstor, "Derecho privado ambiental a la luz del Código Civil y Comercial", *VIII Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, 2019* y "Daño ambiental. Jurisprudencia", LA LEY 2003-D, 1339.

Por ello, una fase relevante consiste en interpretar el estado de derecho, a través de los principios ambientales. Se trata de “principios jurídicos estructurantes”, es decir, que cambian el paradigma de análisis y el modo de analizar muchos aspectos del derecho vigente y que surge de la propia Constitución y la ley **(86)**, como ocurre con la cuestión ambiental.

Subyace en esta teoría, la premisa que los conflictos entre los principios y valores intrasistémicos, son tratados mediante un análisis de la capacidad argumentativa de cada uno, que se denomina juicio de ponderación. En cambio, la colisión de reglas se desenvuelve en el plano de la validez, de modo que una desplaza a la otra fundándose en los criterios de cronología, nivel jerárquico y especialidad **(87)**.

Así como el Código Civil y Comercial señala expresamente al intérprete que consulte los principios y valores jurídicos de Derecho Ambiental, la LGA 25.675 establece que la aplicación y la interpretación de dicha ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estará sujeta al cumplimiento de los principios ambientales (arts. 4º y 5º). Varias son las inferencias doctrinarias que se derivan de esta premisa:

a) La LGA establece que su aplicación e interpretación, así como de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estará sujeta al cumplimiento de los principios establecidos en su art. 4º, que se deben integrar, conforme al art. 5º en todas las decisiones de carácter ambiental **(88)**;

b) Por los arts. 4º y 5º de la LGA, los principios ambientales constituyen el armazón estructural de la regulación de la especialidad, no debiendo el juez perder de vista su aplicación, ya que

(86) LORENZETTI, Ricardo L., "El paradigma ambiental", *Revista Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 2006, ps. 213-228.

(87) LORENZETTI, Ricardo L., "El juez y las sentencias difíciles...", cit.

(88) CS, "Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051", Fallos 342:1327.

informan todo el sistema de derecho ambiental, aun en cuestiones de competencia **(89)**;

c) Los principios ambientales, es decir de congruencia, de prevención, precautorio, y de sustentabilidad, entre otros, informan todo el sistema de derecho ambiental, y su aplicación resulta determinante también para dirimir conflictos de competencia **(90)**;

d) En el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la LGA, la interpretación de la doctrina relativa a la admisibilidad del recurso extraordinario debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4º de la ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles **(91)**;

e) Los principios de prevención, precautorio, de progresividad, de responsabilidad y de solidaridad imponen que no deban ser mecánicamente trasladadas, ni con consideraciones meramente superficiales, los principios y reglas propios del derecho patrimonial individual para el examen y subsunción de este tipo de pretensiones que alcanzan al medio ambiente como bien indivisible **(92)**;

(89) Cfr. CS, "Fernández", Fallos 342:1327; "Municipalidad de Famaillá", Fallos 343:396, y "Fábrica Militar Río Tercero s/ infracción ley 24.051", del 01/07/2021.

(90) Corresponde compatibilizar: i) el carácter excepcional y restrictivo de la competencia federal (arts. 121, 116, y 75, inc. 12, de la CN), acotada y definida a los poderes que las provincias delegaron en el Estado Federal (Fallos 341:324; 342:667, entre muchos otros); con ii) la naturaleza integral e interdependiente de la cuenca hídrica (Fallos 340:1695; 342:1203), a la luz los principios precautorio y preventivo del derecho ambiental (art. 4º, ley 25.675) y teniendo en consideración que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se deben atender en forma integrada. Todo ello en el marco restringido y provisorio del ámbito cognoscitivo propio en el que se dirimen las cuestiones de competencia (Fallos 339:353).

(91) CS, "Cruz, Felipa y otros c. Minera Alumbra LD y otro s/ sumarísimo", Fallos 339:142.

(92) CS, 19/02/2015, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños

f) En virtud de los principios precautorio y de cooperación previstos en la LGA, atento el carácter binacional de un emprendimiento minero, en el marco de las facultades instructorias del juez en el proceso ambiental, corresponde requerir informes sobre el estado de las tareas de monitoreo y prevención de daños, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto de la competencia **(93)**.

En particular, la operatividad del principio precautorio reconoce las complejas implicancias de la toma de decisión en condiciones de incertidumbre, en razón que el principio precautorio se extiende a "la tortuosa relación de causalidad del daño ambiental, en los que la ciencia todavía no arribó a una posición consistente **(94)**. Asimismo, posee un reflejo procesal en el sentido que la aplicación del principio precautorio "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" **(95)**.

En el estadio actual del paradigma ambiental, la labor primaria de la actividad judicial de Lorenzetti, ha sido avanzar en la fase de implementación, para hacer de ello una realidad posible y no una mera declaración políticamente correcta: Este principio no es una mera exhortación, puesto que cuando la ley recepta el principio precautorio, este tiene un valor normativo preciso de carácter sustantivo y delimitativo. Es un marco genérico del obrar, dentro del cual existe discrecionalidad lícita y fuera del cual hay ilicitud **(96)**.

derivados de la contaminación ambiental del río Matanza- Riachuelo", Fallos 338:80.

(93) CS, 01/09/2015, "Vargas, Ricardo Marcelo c. San Juan, Provincia de y otros s/ Daño ambiental", Fallos 338:811.

(94) CAFFERATTA, Néstor, "Molestias intolerables derivadas de la vecindad por la instalación de una torre y antena de celulares", LA LEY 2008-B, 567.

(95) MORELLO, A. - CAFFERATTA, N., "Visión procesal de cuestiones ambientales", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 77.

(96) LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría del derecho ambiental", cit., p. 79.

Como consecuencia de su aplicación, el máximo tribunal ha ponderado la clara inversión de la carga de la prueba —y sus alcances—, que implica el principio de precaución contenido en el art. 4º de la ley 25.675: “no debe entenderse esta exigencia en su sentido literal o estricto, pues, ello no supone que el introductor del riesgo deba eliminar cualquier duda acerca de la peligrosidad del producto o actividad en cuestión y probar un 'riesgo cero', sino que se trata de promover un rol más activo del introductor del riesgo para determinar su grado de probabilidad y magnitud, facultando a las autoridades públicas a exigirle que aporte sus propias conclusiones científicas en base a las cuales estima que tales productos o actividades no traen aparejados riesgos desproporcionados al público o al medio ambiente” (97).

En ese marco, los rasgos y contornos de este principio estructurante del derecho ambiental, quedan delineados por la doctrina judicial de Ricardo Lorenzetti, de la siguiente manera:

a) La aplicación del principio precautorio establece que, cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente, lo que no puede confundirse con la idoneidad de la acción meramente declarativa.

b) El principio precautorio es un principio jurídico del derecho sustantivo. De tal modo, una vez que se acredita la posibilidad de daño grave o irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiendo efectuarse un juicio

(97) CS, 29/12/2008, "Salas, Dino y otros c. Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo". En este caso, se configuraba una situación clara de peligro de daño grave que podría cambiar sustancialmente el ambiente regional, "afectando no solo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio" (voto del juez Lorenzetti).

de ponderación con otros principios y valores en juego (98).

c) 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 (99).

d) Debe aplicarse, de manera prioritaria, el principio de prevención (art. 4º, LGA) y en la duda técnica el principio precautorio (Fallos 337:1361, consid. 12), que dan fuerza y justifican la anticipación de la prestación jurisdiccional, mediante la cautelar de cesación y suspensión de una actividad petrolera en un parque nacional (100).

e) 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 (101).

(98) CS, "Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c. Comisión Nacional de Energía Atómica", Fallos 333:748. "El principio es una guía de conducta, pero los caminos para llevarla a cabo están contemplados en la regulación procesal, que establece diferentes acciones con elementos disímiles, precisos y determinados, que no pueden ser ignorados en una decisión que no sea *contra legem*. La aplicación del principio precautorio, aun existiendo una incertidumbre científica respecto al riesgo, requiere un mínimo de demostración de la posible concreción del daño; debe existir un umbral de acceso al principio precautorio" (voto del juez Lorenzetti).

(99) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y otro", Fallos 332:663.

(100) CS, "Saavedra", Fallos 344:174.

(101) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y otro", Fallos 332:663 y "Mamani, Agustín Pío", Fallos 340:1193.

f) La naturaleza legal del concepto de precaución, implica una obligación de aplicarlo en la toma de decisiones cuando hay incertidumbre respecto de las amenazas subyacentes, considerando las evaluaciones, valores, y percepciones culturales de los riesgos, amenazas, y acciones requeridas, lo que implica también un enfoque de política que se integra a otros principios y derechos relevantes como la prevención, equidad intra e intergeneracional, entre otros muchos (102).

g) Exige al operador jurídico, realizar un balance provisorio entre la perspectiva de la ocurrencia de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la cesación de la actividad en cuestión (103), a la luz del citado principio precautorio. Así, es arbitraria la sentencia que dejó sin efecto la medida cautelar que dispuso la suspensión de la actividad industrial de la empresa demandada ante posibles emanaciones y vertidos de efluentes gaseosos y líquidos es arbitraria, si el tribunal no realizó el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio, según el cual, cuando haya peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de

(102) CS, 30/09/2008, "Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta - MEyP", Fallos 331:2119. En esta causa, la recepción del principio precautorio también se emparenta con vicios en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, correspondiendo declarar "la nulidad del procedimiento administrativo de impacto ambiental y del estudio realizado en relación a la iniciativa privada de desmonte de miles de hectáreas, ya que los vicios detectados tanto en la realización de aquel estudio, en cuanto omitió valorar los aspectos sociales y culturales que pondrían en peligro la supervivencia de la comunidad".

(103) CS, 23/02/2016, "Cruz, Felipa y otros c. Minera Alumbreira LD y otro s/ sumarísimo", Fallos 339:142. Si bien las resoluciones que se refieren a medidas cautelares, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten —como regla— el carácter de sentencias definitivas, este principio admite excepción según la Corte, "cuando la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior".

los costos, para impedir la degradación del ambiente (104).

Complementariamente, el preciso valor normativo de carácter sustantivo del principio precautorio conlleva relevantes consecuencias procesales en su efectiva implementación. A modo de ejemplo, la Corte ha ratificado que "cuando se petitiona la protección del ambiente basada en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente, autónomo y definitivo" (105). Como ocurre con toda excepción singular, esta a su vez, se constituye en una nueva regla singular, que se podría enunciar así: "Hay sentencia definitiva, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios de prevención y precautorio, contemplados en la Ley General del Ambiente" (106).

X. Principios *in dubio pro ambiente* y *pro aqua*

El paradigma ambiental evoluciona y reconoce una transformación progresiva. Esta transformación, como hemos visto, abandona su contenido central "antropocéntrico", para transitar hacia una dimensión "bio" y "ecocéntrica". El paradigma ecológico, presenta un giro ontológico en el derecho ambiental. Asimismo, la "lectura" ecocéntrica, sistémica y holística de las normas de presupuestos mínimos, tal como si se trataran de auténticas leyes federales, ingresan dentro de las normas que reglamentan la Constitución, desarrollando supuestos fácticos y epistemológicos que colaboran a definir la solución del conflicto jurídico ambiental.

La definición, aplicación y alcance de los nuevos principios emergentes *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*, en sus diversas dimensiones sistémicas, hermenéuticas y axiológicas, parte de la premisa que aconseja, para casos de duda en la aplicación de una norma o en la resolución de un caso, estar siempre a aquella solución más

(104) CS, 02/07/2020, "Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná c. Carboquímica del Paraná SA", Fallos 343:519.

(105) CS, 20/06/2006, Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros", Fallos 329:2316.

(106) CS, "Asociación Multisectorial del Sur", Fallos 333:748.

favorable para los bienes colectivos. La noción del *in dubio pro ambiente* se erigirá en el norte a seguir para los jueces que se enfrenten a casos dudosos en los cuales la relación causal escapa a los parámetros habituales del derecho (107).

Con ello, el principio *in dubio pro natura* fija un nuevo “mandato de optimización” constitucional a modo de criterio sistemático, valorativo y de interpretación jurídica de las decisiones normativas y judiciales. Propone “medir” la racionalidad de las decisiones contra la diversidad biológica y la biósfera, como el único “acuerdo” posible para seguir viviendo sobre la tierra. Plantea un orden público ambiental de coordinación federal, basado en el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas vitales.

En ese sentido, resaltan el art. 2º, inc. e), de la LGA, que ordena “mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos; el art. 6º *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 LGA (108). Consecuencia de esta cosmovisión, conviven “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” (109).

Fue en la causa “Majul” donde el voto de Ricardo Lorenzetti sostuvo la necesidad de que los jueces consideren el principio *in dubio pro natura* como pauta hermenéutica genérica (110): “en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que fa-

vorezcan 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” (111).

Como se observa, cuando se menciona “en caso de duda” como precondition a la operatividad del principio *in dubio pro natura*, evidenciaría una conexión entre el principio precautorio y el principio *in dubio pro natura*, por el hecho de que ambos principios 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” (112).

En consecuencia, si 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” (113), el cambio de paradigma 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 (114), respecto de aquella que la vulnere, limite o altere.

Por su parte, bajo el principio *in dubio pro aqua* (115), las controversias en torno del “re-

(111) Cfr. CS, “Majul”, Fallos 342:1203.

(112) CS, “Comunidad del Pueblo Diaguaita de Andalgalá c. Catamarca, Provincia de y otros s/amparo ambiental”, Fallos 335:387, disidencia del ministro Ricardo L. Lorenzetti.

(113) CS, “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/uso de aguas”, Fallos 340:1695, consid. 5º.

(114) CS, “Saavedra, Silvia Graciela y otro c. Administración Nacional de Parques Nacionales”, Fallos 344:174.

(115) UICN, Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua (2018): “Principio 6 - *In dubio pro aqua*: En con-

(107) LORENZETTI, Ricardo, “Principios e instituciones...”, cit., p. 340.

(108) CS, 01/12/2017, “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/uso de aguas”, Fallos 340:1695.

(109) Declaración Mundial de la UICN acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, Brasil, 2016.

(110) Siguiendo expresamente los términos del Principio 5 (*in dubio pro natura*) de la Declaración Mundial de la UICN acerca del Estado de Derecho en materia ambiental (2016) y de la Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua (2018).

curso estratégico agua” no pueden ser atendidas como la mera colisión de derechos subjetivos (116). 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 (117).

La definición genérica del principio *in dubio pro natura* adoptada por la Corte Suprema, no integra expresamente el elenco de principios ambientales de la LGA (art. 4º), pero como hemos visto, se ve reflejada claramente entre los objetivos de dicha ley. En el campo del derecho ambiental, su recepción normativa implicaría una precedencia lógica del principio protectorio ambiental con clara influencia en el juicio de ponderación (porque opera como un metavalor) (118), estableciendo una relación de precedencia condicionada al indicar, haciendo referencia al caso, condiciones bajo las cuales un principio precede al otro (119).

gruencia 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”.

(116) 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”.

(117) Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua, Octavo Foro Mundial del Agua celebrado en Brasilia, 2018.

(118) LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría del derecho ambiental", cit., p. 29.

(119) Sin embargo, la definición y alcance de este principio no ha sido unívoca en Latinoamérica, ya que el principio *in dubio pro natura* en algunos casos se asocia a la duda científica, ante la creación de un riesgo con

Por su parte, el principio *in dubio pro aqua*, consistente con el principio *in dubio pro natura*, 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 (120).

Como se observa, son diversas las dimensiones y las funciones valorativas, sistémicas y hermenéuticas de los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*, en su condición de principios ambientales “emergentes” del marco de los principios generales del derecho ambiental. En ese marco, una primera aproximación permite inferir que en dichos principios, subyace una primacía que determina que, en casos de conflictos de fuentes, el juzgador hace valer una “prevalencia” lógica y axiológica, estas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

XI. Cumplimiento, eficacia y aplicación efectiva del derecho ambiental

Una de las características de mayor énfasis en la tesis de Lorenzetti es la teoría de la implementación, que se basa en la regulación continua de los fenómenos jurídicos orientada hacia la efectividad y eficacia, buscando la coherencia entre los sistemas legal y ecológico.

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. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual” (121) y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

efectos desconocidos y por tanto imprevisibles, inherente al principio precautorio; mientras en otros sistemas judiciales, la duda se circunscribe solo asociada a la duda interpretativa de la ley.

(120) CS, "Majul", Fallos 342:1203.

(121) CS, 20/06/2006, "Mendoza", Fallos 326:2316.

El primer paso en el razonamiento judicial, debería consistir en examinar los hechos que fundamentan la pretensión en relación con la legislación invocada, por cuanto las disposiciones procesales deben ser interpretadas de manera de no enfrentarlas al diseño procesal específico que la LGA ha reglado para la defensa de derechos de incidencia colectiva. El análisis —entendemos—, debería partir de la regla que en toda decisión judicial relativa a una pretensión basada en los principios de prevención y precautorio, la plataforma fáctica predeterminada y todo el proceso queda sometido a las normas sustantivas y procesales de la LGA, cumpliendo sus normas y disposiciones la función hermenéutica específica que poseen para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia.

El paso siguiente, continúa con el encuadramiento del principio receptado por el art. 32 de la ley 25.675, que enuncia como regla general, que “el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”.

Existe un delicado balance que se plantea entre flexibilización de la regla de congruencia en el proceso ambiental y cumplimiento de reglas procesales amalgamadas con el debido proceso. Este magistrado inquisitivo, involucrado con la preservación del ambiente, debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso y además se obliga al cumplimiento efectivo de su mandato. Como contrapartida, los límites propios de esa flexibilización, por los que el juzgador “debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el art. 32 de la ley 25.675” (122). El límite de esas facultades está dado por el respeto al debido proceso (123).

(122) CS, "Mendoza", Fallos 329:3445.

(123) Cfr. Fallos 333:748.

Por otra parte, el cumplimiento y aplicación efectiva del derecho ambiental, se resuelve como “eficacia en la implementación de la sentencia”, que demanda el diseño de una “microinstitucionalidad”, una regulación del cumplimiento para garantizar su implementación efectiva.

Esa ingeniería microinstitucional, que exige una prudente ponderación anticipatoria de diversas circunstancias que se presentarán en la ejecución la sentencia ambiental y de sus mandatos, requieren “un programa que fije un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control” (124).

Por ello, efectividad y eficacia se conectan con los valores de la justicia, la equidad y el debido proceso “a fin de proteger efectivamente el interés general” (art. 32, LGA). El célebre fallo “Mendoza”, expuso que el objeto decisorio “se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad de la sentencia”, y por eso fueron necesarias “decisiones urgentes, definitivas y eficaces” para recomponer como para prevenir los daños al ambiente, con “efecto expansivo como es característico a procesos de esta naturaleza”.

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 (125). Se infiere así, que la labor doctrinaria y judicial de Lorenzetti no desconoce ni oculta que las valoraciones y los principios que defiende colectivamente una sociedad son dinámicos y que el gran problema del derecho ambiental es su efectividad y su aplicación efectiva, por cuanto de poco sirve una Constitución y un conjunto de normas que no se aplican, que consagran derechos que no pueden ejercerse o

(124) CS, 08/07/2008, "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 331:1622.

(125) CS, "Barrick Exploraciones Argentinas", Fallos 342:917.

cuya concreción implica el tránsito de caminos arduos y desalentadores.

El rol del juez y la flexibilización del principio dispositivo y sus límites, fue abordado en la causa "Mendoza" desde su pronunciamiento liminar. La exclusión de todo exceso ritual, no obstaculizó la preservación de los valores superiores comprometidos y el lugar preeminente de los mandatos de raigambre constitucional, por sobre regulaciones meramente instrumentales. En materia de tutela ambiental, "las reglas procesales deben interpretarse con un criterio amplio que ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin", en esos casos "se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador y que un examen literal de las normas previstas para el proceso adversarial de índole intersubjetivo frustraría los intereses superiores en juego" ("Mendoza", Fallos 329:3445).

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 dispuestas en el art. 32 de la ley 25.675, diseña un papel del juez alejado de la figura del juez espectador, del proceso adversarial clásico (126).

Por ello, las disposiciones procesales deben ser interpretadas de manera de no enfrentarlas al diseño procesal específico que la LGA ha reglado para la defensa de derechos de incidencia colectiva. No escapa a la Corte los límites propios de esa flexibilización, por los que el juzgador debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el art. 32 de la ley 25.675.

De tal manera, el tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la LGA, en cuanto establece que "el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general" (art. 32, ley 25.675), ordenará las medidas que

(126) CS, "Saavedra, Silvia" Fallos 344:174.

se disponen en la parte dispositiva del pronunciamiento (127).

En igual sentido debe interpretarse el último párrafo de ese artículo en cuanto dispone que en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, que el juez también podrá disponer sin petición de parte, aun sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse (128).

En asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, según Lorenzetti, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de la propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta como una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador (129). Los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo (130) o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención (131).

XII. Proceso ambiental y medidas cautelares

Cuando se hace referencia al acceso a la justicia, resulta inevitable pensar en una regla constitutiva del derecho ambiental: "El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie" (art. 32, LGA). A su vez, los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, procedimientos tempranos, urgentes, anticipatorios, preventivos o precautorios,

(127) CS, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia", Fallos 339:515.

(128) CS, "Cruz, Felipa", Fallos 339:142 y "Asociación Multisectorial del Sur", Fallos 333:748.

(129) CS, "Majul", Fallos 342:1203. Asimismo, Fallos 329:3493 y 339:201.

(130) CS, "Asociación de Superficialarios de la Patagonia c. YPF SA y otros", Fallos 327:2967.

(131) CS, "Mendoza", Fallos 329:2316, y "Asociación Multisectorial del Sur", Fallos 333:748.

a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta la profunda reformulación del principio dispositivo aplicable al proceso ambiental y de los amplios poderes instructorios y ordenatorios del juez en el proceso ambiental, las medidas cautelares ambientales están guiadas por la finalidad de lograr una tutela efectiva de los derechos fundamentales implicados, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano **(132)**.

Si bien las resoluciones que se refieren a medidas cautelares, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten —como regla— el carácter de sentencias definitivas, debe admitirse una excepción a dicho principio cuando la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. Por ello, “cuando se peticiona la protección del ambiente basada en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente, autónomo y definitivo” **(133)**, en consecuencia, se considera que existe sentencia definitiva, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios de prevención y precautorio, contemplados en la Ley General del Ambiente” **(134)**.

El peligro en la demora, como requisito de procedencia para una medida cautelar ambiental, surge de la necesidad de prevenir y evitar

(132) CS, 21/11/2006, "Di Nunzio, Daniel F. c. The First National Bank of Boston y otros s/ habeas data", Fallos 329:5239, del voto de Ricardo Lorenzetti: "cuando la pretensión se relaciona con derechos fundamentales, la interpretación de la ley debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano. Los jueces deben evitar interpretaciones que presenten como legítimas aquellas conductas que cumplen con la ley de modo aparente o parcial, causando el perjuicio que la norma quiere evitar".

(133) CS, "Mendoza", Fallos 329:2316.

(134) CS, "Asociación Multisectorial del Sur", Fallos 333:748.

que el daño ambiental colectivo continúe o se agrave la degradación del ambiente, para así hacer cesar de modo efectivo e inmediato los focos de incendio producto de la quema de pastizales (arts. 2º, 4º, 5º, 27 y concs. de la ley 25.675, y arts. 1710 y 1711, Cód. Civ. y Com.) en la región del Delta del Paraná **(135)**. A su vez, la verosimilitud del derecho para la procedencia cautelar, se desprende cuando a requerimiento de la Corte, del informe producido que el Estado Nacional no habría cumplido en su ámbito con ningún procedimiento de evaluación de impacto ambiental y audiencia previa **(136)**.

Estando en juego el derecho humano al agua potable, corresponde mantener la cautelar dispuesta por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se cumpla con lo ordenado **(137)**. En sentido análogo, la medida cautelar tendiente a que se ordene al Estado Nacional, a las provincias y municipios demandados y a la Provincia de Buenos Aires a “hacer cesar de modo efectivo e inmediato” los focos de incendio producto de la quema de pastizales, se admitió procedente, si el caso presenta, *prima facie*, características que permiten encuadrar los hechos denunciados en la figura legal de la emergencia ambiental —arts. 2º, inc. k), y 4º de la ley 25.675— **(138)**.

La causa “Equística” sintetiza la doctrina del proceso cautelar ambiental, ante una afectación severa de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional, con efectiva degradación ambiental o afectación del Delta del río Paraná que compromete seriamente su funcionamiento y sustentabilidad, en tanto su conservación es prioritaria, no solo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras **(139)**.

Al comentar su voto, Ricardo Lorenzetti reflexionó: “Esta breve descripción es suficien-

(135) CS, "Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil", Fallos 343:726.

(136) CS, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia", Fallos 339:515.

(137) CS, "Kersich", Fallos 337:1361.

(138) CS, "Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil", Fallos 343:726.

(139) *Ibid*.

te para llegar a la conclusión de que existe una Constitución, un Código, una ley general del ambiente, una ley de protección de bosques, una ley de prohibición de quemas y de incendios, así como un plan estratégico referido a la conservación del Delta del Paraná. Todo ese completo sistema legal no impidió que se llegara a la situación actual, en la que se han quemado miles de hectáreas, con un daño ambiental tremendo y graves consecuencias para la salud humana. La cuestión es la aplicación, o como se dice actualmente, el proceso de implementación de las leyes” (140).

En este contexto, juegan un rol importantísimo los principios ambientales reglados del art. 4º y 5º de la LGA que introducen los principios de prevención del daño ambiental, de integración y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles. Ellos modifican la morfología del proceso ambiental, delineando su contorno.

Es a la luz de estos principios —que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la CN— que deben entenderse las amplias facultades que el art. 32 que la LGA otorga a la autoridad judicial interviniente para disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.

XIII. Evaluación de impacto ambiental

Entre los instrumentos de gestión ambiental, resalta el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, social y cultural. Entre sus características medulares, resaltan:

a) El carácter previo del procedimiento de impacto ambiental: Los estudios y procedimientos de evaluación de impacto ambiental (EIA) deben realizarse con carácter previo a la aprobación y ejecución de los planes y proyectos respectivos. Esto ha sido reiteradamente exigido por la Corte Suprema de Justicia, declaran-

do la invalidez de resoluciones administrativas motivadas por la ausencia de un estudio y procedimiento de EIA (141) previo o bien, admitiendo acciones de cese de actividades iniciadas sin procedimientos de EIA previos; ordenando la suspensión con carácter cautelar de las obras hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia previsto en la ley 23.879, o hasta el momento en que se dicte la sentencia definitiva, lo que suceda en primer término, excluyendo de dicha suspensión las tareas preliminares al proyecto ejecutivo y su correspondiente estudio de impacto ambiental.

En algunos casos, cuando la pretensión ha tenido por objeto la suspensión de la actividad en ejecución, que no ha obtenido licencia ambiental y social mediante la aprobación de la EIA previa, se ha resaltado que se configura un supuesto en el que la dilucidación de la controversia sometida a decisión judicial, está condicionada a una cuestión de puro derecho: a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, resulta suficiente controlar que los actos impugnados respeten los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la actividad. A tal fin, basta con examinar si la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social (142).

Uno de los límites normativos sostenido reiteradamente por el Ministro Lorenzetti, ha sido en relación con los actos administrativos de las evaluaciones de impacto ambiental: la administración debe aprobar o rechazar los estudios presentados, cuyas facultades regladas no incluyen la potestad de admitir tales evaluaciones en forma condicional. En consecuencia, la reso-

(141) Cfr. CS, 09/04/2002, "Martínez, Argentina Beatriz c. Misiones, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", Fallos 325:613, y 08/09/2003, "Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichi c. Sec. de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ amparo - recurso de apelación".

(142) Vid. CS, 11/07/2002, "Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'Oi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable", ratif. el 08/09/2003, doctrina que el máximo tribunal ya había delineado en el precedente "Martínez" (Fallos 325:613).

(140) LORENZETTI, Ricardo, "Incendios: un fallo clave de la Corte para cuidar el Delta del Paraná", 24/08/2020, disponible en <https://www.ricardolorenzetti.com/incendios-un-fallo-clave-de-la-corte-para-cuidar-el-delta-del-parana-por-ricardo-lorenzetti>.

lución administrativa que aprobó el informe de impacto ambiental en forma condicionada, era manifiestamente ilegal y arbitraria y por ello, el amparo resultaba ser la vía idónea para cuestionar este aspecto de la pretensión y evitar así un daño inminente al medio ambiente (143).

En efecto, los estudios de EIA y su aprobación deben ser previos a la ejecución de la obra o actividad, al tiempo que no se admite que la autorización estatal se expida en forma condicionada (arts. 18, 22 y ss., ley 26.331; arts. 11 y 12, ley 25.675) (144). En ese mismo sentido, en el caso "Cruz" (145) la Corte dejó sin efecto la sentencia que había omitido el análisis de las normas aplicables que por un lado, exigían la emisión de la declaración de impacto ambiental en forma previa al inicio de las obras y por el otro, disponían en forma expresa que la administración debía aprobar o rechazar los estudios presentados, pero no incluían la potestad de admitir tales evaluaciones en forma condicionada.

En similar sentido, se ha considerado arbitraria la sentencia que dejó sin efecto la medida cautelar que dispuso la suspensión de la actividad industrial de la empresa demandada, que ha obtenido un certificado de aptitud ambiental, si de su lectura se desprende que tal instrumento fue otorgado en forma condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, circunstancia que demuestra la existencia —al momento de emisión— de una serie de observaciones, cuyo cumplimiento la demandada no había acreditado con posterioridad y, en consecuencia, la subsistencia del peligro en la demora (146).

b) Objetividad, independencia e idoneidad en la evaluación: Según los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los contenidos y condiciones de los estudios de impacto ambiental y la selección de

los actores responsables de su realización debe llevarse a cabo "siguiendo criterios de independencia, objetividad y pericia técnica, bajo la supervisión del Estado" (147). Estos criterios han sido receptados en la doctrina judicial de Ricardo Lorenzetti, al sostener que "la realización de un estudio de impacto ambiental no significa, de ninguna manera, una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión. Por el contrario, se trata de que el proceso de autorización permisiva no se base solamente en la decisión de autoridades locales que remiten a un informe de la propia empresa, sino que sea más complejo. La magnitud de la explotación requiere una reflexión profunda, científicamente probada, socialmente participativa y valorativamente equilibrada. No se trata de prohibir irracionalmente, sino de autorizar razonablemente" (148).

c) El carácter y contenido "ambiental y social": El tipo de estudios exigidos por la Corte debe ir más allá que los estudios del impacto estrictamente ambientales exigidos normalmente con miras a evaluar, prevenir y mitigar los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente, requiriendo incorporar además, la identificación de los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida y salud de los potenciales grupos sociales afectados.

Este criterio, que exige estudios previos de carácter "social y ambiental" basados en el principio precautorio, implica "una obligación de aplicarlo en la toma de decisiones cuando hay incertidumbre respecto de las amenazas subyacentes, considerando las evaluaciones, valores, y percepciones culturales de los riesgos, amenazas, y acciones requeridas, lo que implica también un enfoque de política que se integra a otros principios y derechos relevantes como la prevención, equidad intra e intergeneracional, el derecho a vivir en un ambiente sano, y los derechos humanos al alimento, identidad cultural,

(143) CS, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica", Fallos 339:201.

(144) CS, "Mamani", Fallos 340:1193 y "Cruz, Felipa", Fallos 339:142.

(145) CS, 23/02/2016, "Cruz, Felipa y otros c. Minera Alumbra y otro s/ sumarísimo", Fallos 339:142.

(146) CS, 02/07/2020, "Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná c. Carboquímica del Paraná SA", Fallos 343:519.

(147) Corte IDH, 28/11/2007, "Caso del Pueblo Sarakama vs. Surinam", serie C, nro. 172, párr. 129 y 148.

(148) CS, "Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá", Fallos 335:387, disidencia del ministro Ricardo L. Lorenzetti.

agua y salud” (149). La aplicación del principio precautorio en este caso, “obliga a suspender el proyecto hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de sus cuatro componentes (clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes) (...). Asimismo, se deberá dar amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada” (...) proponiendo asimismo “una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras”.

Por ello, la ausencia de evaluación de los impactos ambientales y sociales, se relacionan con vicios en el procedimiento de EIA, correspondiendo declarar “la nulidad del procedimiento administrativo de impacto ambiental y del estudio realizado en relación a la iniciativa privada de desmonte de miles de hectáreas, ya que los vicios detectados tanto en la realización de aquel estudio, en cuanto omitió valorar los aspectos sociales y culturales que podrían en peligro la supervivencia de la comunidad, como también en la audiencia pública, la cual se llevó a cabo sin la traducción a la lengua wichi y sin la presencia de los amparistas, lo que demuestra que lo actuado desconoce los arts. 41, 43 y 75 inc. 17 de la CN y los tratados Internacionales suscriptos por nuestro país” (150).

d) Evaluación de impactos acumulativos y sinérgicos: los procesos de evaluación de impacto ambiental y social, también deben ponderar el impacto acumulativo y sinérgico de los proyectos. Con este criterio, se ordenó una medida cautelar urgente para garantizar el cese provisional del desmonte de bosques nativos, hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos (151). En otros casos,

(149) Cfr. CS, "Salas, Dino y otros c. Salta, prov. de y Estado Nacional s/amparo", 19/12/2008 y 29/12/2008.

(150) CS, "Comunidad Indígena EbenEzer c. Provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción", LA LEY 2008-F, 93.

(151) CS, "Salas, Dino y otros c. Salta, provincia de y Estado Nacional s/amparo", res. del 19/12/2008 y 29/12/2008.

se sostuvo que el EIA “deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo de la explotación (...) sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes” (152).

e) Acceso a la información ambiental con carácter previo, oportuna e integral: El derecho a participar en los procesos de toma de decisiones relacionados con planes o proyectos de inversión y desarrollo o concesiones extractivas y el derecho de acceso a la información son dos elementos básicos para contribuir a lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen una amenaza para la salud humana. El acceso a la información es un prerequisite para la participación pública en la toma de decisiones. Por ello, siendo que el procedimiento de EIA es básicamente una herramienta participativa para la toma de decisiones, su omisión conlleva la afectación de la garantía constitucional de derecho de acceso a la información ambiental con carácter previo, oportuno e integral. Se trata de una precondition para el ejercicio de los derechos de participación ciudadana, cuyo cumplimiento es inherente a todo proceso de democratización y razonabilidad de las decisiones administrativas.

El derecho a la información también resulta de vital importancia para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la participación. En el caso “Claude Reyes y otros”, la Corte Interamericana concluyó que el art. 13 de la Convención consagra el derecho de los ciudadanos a acceder a la información bajo el control del Estado (153). Dicha norma ampara el derecho de las personas a recibir información ambiental y la obligación positiva del Estado de suministrarla, la que 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. En el citado caso, la Corte IDH subrayó que “el derecho al acceso a la información juega un rol crítico en la capacidad de la sociedad civil de participar en el diseño de la

(152) CS, "Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá" (Fallos 335:387), disidencia del ministro Ricardo L. Lorenzetti.

(153) Corte IDH, 19/09/2006, "Claude Reyes y otros vs. Chile", párr. 77.

política pública ambiental". En este sentido, la protección que ofrece la Convención al derecho al acceso a la información fortalece al Estado democrático.

f) *Procedimientos de consultas y participación previas, como instancias obligatorias*: La celebración de consultas o audiencias públicas previas, en el marco del proceso de EIA, para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos, y con ello, el derecho a opinar de los grupos sociales potencialmente afectados, constituyen un requisito e instancia obligatoria consustancial a la legalidad y razonabilidad del acto administrativo aprobatorio, la que debe asegurarse en los procedimientos de EIA (154). Con ese alcance, las normas ambientales relativas al acceso a la información ambiental y a la participación ciudadana en los procesos de evaluación de impacto ambiental y social, son de orden público, deben ser previas al diseño y ejecución de proyectos y llevarse a cabo de buena fe, es decir que las personas deberían tener oportunidades "reales" de participar en la toma de decisiones relativas a su medio ambiente.

g) *Participación, consulta y consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas*: Tratándose de pueblos originarios en nuestro país, la ausencia de participación previa, efectiva e informada de las comunidades indígenas en los procesos de EIA ha generado numerosos precedentes.

Con esa base, resaltan las decisiones judiciales de nuestro máximo tribunal, en acciones de cese de actividades iniciadas sin una evaluación previa de impacto ambiental y social (EIAyS) y en violación a lo dispuesto por el art. 75, inc. 17, de la CN (155), o acciones que tienen por objeto el acto administrativo aprobatorio de la EIA,

(154) Cfr. Ley 25.675, 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".

(155) CS, 11/07/2002, "Comunidad Indígena del Pueblo WichiHoktekt'Oi c. Sec. de MAyDS", ratificada el 08/09/2003.

por vicios en su procedimiento (156). La aplicación de dicha norma constitucional, implica "oír la voz de los pueblos indígenas" con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista en determinados asuntos y prevenir posibles lesiones a su identidad cultural cuando se adopten medidas que puedan afectar su forma de vida o sus costumbres tradicionales. Esta participación debe permitir que los pueblos indígenas expresen sus inquietudes, propuestas y apreciaciones en una etapa oportuna por medio de procedimientos apropiados para resguardar sus derechos e intereses. En el caso, no solo no fueron "oídos" los pueblos y comunidades, sino que tampoco se contempló la creación de mecanismos apropiados y adecuados que aseguren una participación permanente de aquellos, de modo que puedan intervenir, de manera efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen (157).

En igual sentido, la doctrina judicial en materia de participación previa, efectiva e informada de las comunidades indígenas en los procesos de EIA, ha generado numerosos precedentes, comprendiendo sintéticamente, los siguientes lineamientos:

i) Cabe hacer lugar a la acción de amparo decidida por una comunidad indígena a fin de que se declare la nulidad del procedimiento administrativo de impacto ambiental y del estudio realizado en relación con la iniciativa privada de desmonte de miles de hectáreas, ya que los vicios detectados tanto en la realización de aquel estudio, en cuanto omitió valorar los aspectos sociales y culturales que podrían en peligro la supervivencia de la comunidad (158).

ii) Corresponde condenar a arbitrar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de participación y consulta omitidos, para que puedan expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de

(156) CS, 26/03/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo".

(157) CS, "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c. Provincia del Neuquén", Fallos 344:441.

(158) CJ Salta, 21/06/2007, "Comunidad EbenEzer c. Everest SA y otros s/ amparo - Rec. de apelación".

prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios (159). En similar sentido, corresponde la suspensión de la venta de lotes fiscales, si la comunidad indígena sobrevive de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, gracias al amplio monte y a la gran diversidad de especies existente en los lotes fiscales de referencia, en tanto se pusieron en venta sin la compensación previa de áreas protegidas y sin hacerse un estudio de impacto ambiental y social previo (160).

iii) Corresponde condenar a la Provincia del Neuquén a que, en el plazo de sesenta días, lleve a cabo la consulta que fuera omitida a fin de que la articulación entre la creación del Municipio de Villa Pehuenia y la forma de vida indígena sea realizada a través del diálogo y de la búsqueda de acuerdos, tal como lo demandan la Constitución y los instrumentos internacionales y en segundo lugar, condenar a ese Estado provincial a que, en un plazo razonable, diseñe, en conjunto con las comunidades indígenas, los mecanismos permanentes de participación institucional para que ellas puedan incidir en la determinación de las políticas y decisiones municipales que las involucran (161).

XIV. Relación de síntesis

Tal como manifestó Víctor Hugo en una famosa frase, más poderosa que un ejército invasor es una idea; imposible oponer resistencia a una idea cuyo tiempo ha llegado. El paradigma ambiental ecocéntrico y sistémico es una idea cuyo tiempo está aquí.

De una sintética “topología conceptual” de las resoluciones judiciales y los votos de Ricardo Lorenzetti, se descubre la “microfísica” del es-

(159) CS, 27/12/2011, "Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros c. Jujuy, Prov. de y otros/amparo", Fallos 334:1861.

(160) CS, "Comunidad Indígena EbenEzer v. provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción", cit. ult.

(161) CS, 08/04/2021, "Comunidad Mapuche Catalán", Fallos 344:441.

tudio aplicado en las diversas causas judiciales ambientales resueltas, bajo su concepción del paradigma ambiental: su modo de abordarlas, de pensarlas, construirlas y expresarlas, de un modo que se presentan como un todo indivisible, demostrativo de una unidad lógico-jurídica, consistente con su actividad teórica como eminente doctrinario.

El aporte a la teoría general del derecho ambiental se presenta como una interpretación constructiva de la práctica judicial, una especie de “teoría general de la jurisdicción ambiental”, que toma como referencia directa a la actividad judicial —como modo de operar el valor más característico del derecho como práctica social específica—, para ponderar su grado de correspondencia con las exigencias derivadas del valor “efectividad”.

Existe una especie de perpetuación de la pertinencia del pensamiento jurídico general, que suscita serios problemas para desarrollar perspectivas críticas que adviertan cuándo han dejado de ser adecuados para el contexto en que les toca influir. El paradigma ambiental, bajo las condiciones del Estado de Derecho ambiental forjado por Ricardo Lorenzetti, evoluciona con las mutaciones y características de los conflictos ambientales, evidenciando capacidad de reconstruir respuestas para conservar lo único que las vuelve eficaces: su capacidad de resolverlos.

El espíritu de este trabajo tiene que ver con eso: significar la importancia de partir de una mirada situada de la conflictividad ambiental y sus resoluciones judiciales: la visión paradigmática de Ricardo L. Lorenzetti, invita a pensar y (re)pensar la práctica jurídica: una teoría ambiental con identidad cultural latinoamericana que se orienta hacia la armonización del sistema legal con el ecológico (162).

(162) LORENZETTI, Ricardo L, "Teoría del derecho ambiental", cit., Prefacio.

RECURSOS NATURALES

El desarrollo sostenible de cuencas y el agua como derecho humano

Marco normativo general y particular

Laura R. Lavín - María Cristina Garros Martínez - Rosa I. Torres Fernández -
Valeria A. Lombardo - Andrea Mariana Zoricich - Ana Inés Duarte (*)

Sumario: I. Alcance del proyecto de investigación.— II. Introducción.— III. El agua.— IV. Las cuencas.— V. Gestión integral de recursos hídricos (GIRH).— VI. El ordenamiento territorial.— VII. El agua y el desarrollo sostenible.— VIII. Bibliografía.

Resumen

Ante la necesidad de delimitar el marco normativo y establecer referencias para el desarrollo del proyecto de investigación “Agenda 2030. Desarrollo sostenible. Desarrollo que involucre crecimiento económico con inclusión social y sostenibilidad ambiental de la Provincia de Salta. Consorcios por cuencas. Ordenamien-

to ambiental territorial”, aprobado por res. rectoral 90/2021 de la Universidad Católica de Salta, surge imprescindible el presente compendio general de normas, criterios, metodologías, lineamientos y sistemas, ordenado cronológicamente, que representa el marco internacional, nacional, provincial y municipal del desarrollo sostenible en torno al agua, abordando de un modo integral la gestión de las cuencas hídricas,

(*) Laura R. Lavín es contadora pública nacional; magíster en Dirección de Empresas (Universidad Alcalá de Henares España - Universidad Nacional de Salta); MBA en Finanzas; especialista en Gerencia Financiera Pública; especialista en Seguridad Informática; miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad de la UCASAL (IDEAS); docente de la Facultad de Economía y Administración y Facultad de Ingeniería (UCASAL); gerencia de Planificación en Auditoría General de la provincia de Salta.

María Cristina Garros Martínez es abogada; especialista en Derecho Ambiental; exjefe de la Corte de Justicia de la provincia de Salta; directora del Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad (IDEAS) de la Universidad Católica de Salta; investigadora (UCASAL).

Rosa I. Torres Fernández es abogada; procuradora (UNC); mediadora (UBA); investigadora asociada; profesora en Ciencias Jurídicas (UNSa); magíster en Gestión Ambiental (UCASAL); promotora de ODS (OPDS); miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad (IDEAS UCASAL), del Instituto de Ciencias Penales, Sociales y Afines (ICPSA UCASAL) y del Instituto

de Derecho Ambiental del Colegio de Abogados y Procuradores de la provincia de Salta.

Valeria A. Lombardo es abogada (UADE); escritora (Siglo XXI); cursando la Especialización en Derecho Ambiental (Universidad de Belgrano); curso internacional de Posgrado de Evaluación Ambiental Estratégica y Ordenamiento Territorial (Fundabaires); miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad (IDEAS) de la UCASAL; diplomatura en Gestión Integral Minera (UCASAL); miembro fundadora de OLADC.

Andrea Mariana Zoricich es arquitecta (UNC); magíster en Planificación Territorial y Gestión Ambiental (UNIBA - Universidad de Barcelona); Investigadora; ayudante docente adscripta de Planeamiento II (UCASAL); coautora del Código de Ordenamiento Territorial del Municipio de La Caldera, provincia de Salta; coautora de planes de desarrollo urbano ambiental de cuatro municipios de la provincia de Salta; jefa del Programa de Planificación Urbana del Municipio de Salta Capital.

Ana Inés Duarte es contadora pública; abogada; profesora universitaria en Ciencias Económicas; cursando la Maestría en Administración de Negocios (UCASAL).

considerando múltiples dimensiones ambientales, sociales y económicas dentro de su territorio (1).

I. Alcance del proyecto de investigación

La constitución de consorcios por cuencas promueve soluciones sustentables futuras e implica un plan de manejo por cuenca incorporando las tres dimensiones del desarrollo sostenible. Esta planificación del territorio, con un enfoque de gestión de cuencas, además, promueve el fortalecimiento de la capacidad local para el manejo de los recursos hídricos.

La gestión de los recursos hídricos es un aspecto crítico en las políticas de desarrollo y de lucha contra la pobreza; implica la articulación entre la población, las instituciones, los gobiernos, consensos técnicos y sociales, contemplando la conservación del ecosistema. Teniendo en cuenta el estado actual de los ríos de la provincia de Salta y de sus embalses, consideramos que es necesario proponer, con base en el estudio de una “cuenca testigo”, un proyecto de ley de gestión de consorcios por cuencas, donde intervengan todos los actores públicos y privados.

El proyecto se refiere a la subcuenca Arias Arenales, incluida dentro de la Alta Cuenca del río Juramento. La subcuenca tiene una superficie de 1.226,1 km², implicando seis [6] municipios: Salta Capital, San Lorenzo, Cerrillos, Campo Quijano, Rosario de Lerma y La Merced. Es decir, que se hace mención a una cuenca, solo como ejemplo, a título ilustrativo de los elementos a tener en cuenta.

II. Introducción

El presente artículo contiene información recopilada para el Proyecto de Investigación de la Universidad Católica de Salta titulado “Agenda 2030. Desarrollo sostenible. Desarrollo que involucre crecimiento económico con inclusión social y sostenibilidad ambiental de la Provincia

(1) Directora del proyecto de investigación: Mg. CPN Laura Raquel Lavín; equipo de investigadores: Dra. María Cristina Garros Martínez, Mg. Abg. Rosa Inés Torres Fernández, Dra. Valeria Analía Lombardo, Mg. Arq. Andrea Mariana Zoricich, Cra. Dra. Ana Inés Duarte, Ing. María Eugenia Soria; apoyo técnico: Ing. Eduardo Luis Díaz, Ing. Silvina Belmonte e Ing. Myriam Cecilia Botelli.

de Salta. Consorcios por cuencas. Ordenamiento ambiental territorial” aprobado por el Consejo de Investigaciones de la UCASAL mediante res. rectoral 91/2020; se trata de un proyecto realizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas, la Facultad de Administración, la Facultad de Ingeniería y miembros de IDEAS UCASAL, es un proyecto en curso iniciado en el mes de marzo del año 2021, constituyendo un primer avance del mencionado proyecto.

III. El agua

El agua es un recurso renovable, ya que existe una dinámica permanente del agua en el planeta (ciclo del agua), de manera tal que por su uso no desaparece, sino que se transforma; es escaso porque su distribución es irregular, tanto espacial como temporal, y el acceso de las personas al agua es limitado (no obstante ser abundante en cuanto a su cantidad total) y es vulnerable por ser muy sensible a la contaminación o degradación respecto de la calidad necesaria para sostener la vida (muchas veces luego de su uso para una actividad, la calidad del agua resultante no es apropiada para otro uso).

El agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que se debe gestionar desde el estamento público, como un tema ambiental de fundamental importancia, y su gestión debe visualizar siempre la disponibilidad para generaciones futuras. En la actualidad se concibe el agua como un bien económico escaso de creciente valor para encarar su gestión. Incluso se ve al agua como símbolo político, cultural y económico.

En función de su carácter especial relacionado con el sustento de la vida, como así también para el desarrollo de innumerables actividades socioeconómicas, no existe la suficiente cantidad de principios o normas explícitos, aunque esté claramente implícito. De esta manera la resolución de situaciones de conflicto es difícil.

El derecho al agua se encuentra reconocido como derecho humano, debido a que el agua es esencial para la vida humana. En este sentido, se puede decir que deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

a) Disponibilidad: el abastecimiento del agua debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos de la población.

b) Calidad: el agua debe ser saludable y limpia, es decir, que no debe contener microorganismos, sustancias químicas o radiactivas que afecten a la salud de las personas.

c) Accesibilidad: los servicios de agua y saneamiento deben ser accesibles a todas las personas, en el hogar, en las instituciones públicas o privadas, etc. Comprende:

1) Accesibilidad física, porque debe estar al alcance físico de toda la población.

2) Accesibilidad económica, ya que el abastecimiento del agua debe ser asequible para todos los seres humanos.

3) No discriminación: el agua debe ser accesible a toda la población, sin discriminación alguna.

d) Acceso a la información: el derecho de solicitar, recibir o difundir información sobre la temática del agua.

Asimismo, el derecho al agua se encuentra comprendido entre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), lo cual implica el derecho a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, además, debe ser adecuada y de calidad. Con relación al agua, el autor Cafferatta (2020) expresa: “Esta notable doctrina judicial de la Corte en materia de acceso al agua potable y la Declaración de Brasilia de jueces y fiscales sobre justicia del agua son datos de una nueva visión de las problemáticas vinculadas con el uso, disposición y derecho de acceso al agua” (p. 264).

En la jurisprudencia argentina se reconoce 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”, así como también, que “es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia”.

Lo que antecede refleja una nueva visión de las problemáticas vinculadas con el uso, disposición y derecho de acceso al agua.

IV. Las cuencas

Una cuenca hidrográfica es un sistema de drenaje natural de aguas, delimitada por divisoras de aguas y drenando las aguas a un mar, o un lago endorreico a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal. Se trata de una unidad natural dinámica del agua, donde se producen los fenómenos de infiltración y alimentación de acuíferos, escurrimiento superficial y organización de redes de drenaje hasta su desembocadura y evaporación.

Hay tres tipos de cuencas: la exorreica, donde se drenan las aguas al mar o al océano, la endorreica, que desembocan en sistemas cerrados donde el agua solo puede salir por evaporación o infiltración, y la arreica, en la que las aguas se evaporan o infiltran antes de encauzarse en una red de drenaje.

La cuenca hidrográfica se refiere solo a aguas superficiales, mientras que la hidrológica incluye también a aguas subterráneas (acuíferos).

Desde el punto de vista jurídico, se identifica una cuenca hídrica como “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”.

Es importante reconocer que los ríos no respetan las fronteras y que sus cuencas muy rara vez coinciden con los límites políticos de los municipios o Estados provinciales y nacionales. Adicionalmente, el agua es un recurso de naturaleza indivisible. En este sentido, cobra vital importancia el ordenamiento, la planificación y el manejo de los recursos dentro de la unidad de la cuenca o subcuenca, lo que resulta en una gestión integrada con las Administraciones implicadas.

V. Gestión integral de recursos hídricos (GIRH)

El concepto jurídico-administrativo de la cuenca como unidad de gestión tiene impor-

tantes implicaciones funcionales y administrativas y ha sido adoptado como criterio para el aprovechamiento y la administración del agua con independencia de fronteras administrativas y políticas, en declaraciones y tratados internacionales.

Se define la gestión integrada de recursos hídricos (GIRH) como “un proceso que promueve el desarrollo coordinado y la gestión de agua, territorio y recursos relacionados para maximizar el resultado económico y el bienestar social de manera equitativa sin comprometer la sostenibilidad del ecosistema” (2). Propone un *enfoque sistémico, inclusivo e integrado* para gestionar un recurso tan valioso como el agua.

La GIRH es un proceso dinámico y complejo, que debe trabajarse desde múltiples disciplinas con un enfoque sistémico y requiere de la participación activa de diversos sectores de la sociedad para trabajar de manera equilibrada sobre las dimensiones económica, ambiental y social.

La GIRH se basa en elementos de la naturaleza del sistema de cuenca y su ciclo hidrológico, y requiere un horizonte de gestión amplio; a diferencia de elementos definidos por convenciones sociales y políticas, que pueden tener una extensión diferente y normalmente trabajan plazos cortos.

Uno de los elementos clave para una correcta GIRH es la información, tanto su cantidad como su calidad, su correcto registro y organización. Aquí juegan un rol clave las actividades económicas, ya que, utilizan información para medir el desempeño de sus procesos y tomar decisiones.

Se puede mejorar el nivel de la interacción entre los agentes que participan en la dinámica del sistema, mediante un *proceso colaborativo*. Este proceso se basa en los principios de transparencia (compartir toda la información relevante en la mesa de diálogo; con buena fe y sin dobles intenciones), confidencialidad (respetar

la privacidad de las partes), autonomía de la voluntad (asume la plena libertad de las partes), interdisciplinariedad (todos trabajan en equipo para diseñar una solución ganar-ganar y acuden a expertos que asesoran de manera neutral) y exclusión (los abogados que participan se excluyen de iniciar y participar en acciones judiciales que pudieran surgir de no ser efectivo este proceso colaborativo). Este tipo de procesos requiere de profesionales calificados; está en vía de desarrollo en Latinoamérica, y puede ser una herramienta en la gestión de los procesos de participación ambiental, para solucionar posibles conflictos o incluso anticiparse a estos.

Existen tres modelos básicos: i) el derecho colaborativo en la práctica ambiental, llevado adelante por abogados que cambian la visión adversarial del derecho por un enfoque de colaboración y trabajo en conjunto; ii) la mediación ambiental, en la que ayuda al diálogo un facilitador neutral; iii) el arbitraje ambiental, que, aun siendo un método alternativo de resolución de conflictos, implica una reducción en la autonomía de la voluntad. Se realizará la consulta previa e informada, utilizando un protocolo consensuado y validado por las comunidades originarias, en las cuencas en las que existieran, conforme a lo dispuesto por el acuerdo 169 de la OIT y el Acuerdo de Escazú.

VI. El ordenamiento territorial

En la búsqueda de promover el desarrollo equilibrado de todas las actividades humanas hacia el desarrollo sostenible surge el ordenamiento territorial (OT), disciplina basada en un proceso político, técnico y administrativo. Establece la organización, la planificación y la gestión de la ocupación del territorio, mediante un proceso (participativo, interactivo e iterativo), según las características endógenas (biofísicas, socioeconómicas, culturales, políticas y administrativas) de la *unidad territorial definida* (puede establecerse en distintas escalas, local, provincial, regional, nacional).

En los últimos años el OT cobra relevancia en respuesta a las dinámicas y problemáticas actuales relacionadas con las actividades y asentamientos humanos, ya que, propicia el uso optimizado y equitativo del territorio distribuyendo los beneficios y costos entre los distintos

(2) La definición que se encuentra en Naciones Unidas es: “la GIRH es un proceso que promueve la gestión y el desarrollo coordinados del agua, el suelo y los otros recursos relacionados, con el fin de maximizar los resultados económicos y el bienestar social de forma equitativa sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas vitales”.

actores, reduciendo los riesgos, incrementando el aprovechamiento de los recursos y de las oportunidades, en el corto, mediano y largo plazo.

Considerado instrumento preventivo de gestión ambiental, el OT organiza y regula la localización y funcionamiento de actividades antrópicas y contribuye a mejorar la calidad de vida, el ambiente, los servicios ecosistémicos y sistemas productivos según un modelo de desarrollo territorial claramente delimitado estableciendo los usos y actividades permitidas. Se desarrolla según tres fases complementarias: el análisis territorial (medio físico, asentamientos humanos, infraestructuras), la planificación territorial (“modelo deseado”, prognosis) y la gestión territorial (conducción hacia el objetivo “modelo deseado”).

El OT presenta un enfoque metodológico adecuado para la planificación del desarrollo sostenible, ya que, permite la identificación de las actividades que soportan el desarrollo y las distribuye de acuerdo con la vocación del medio físico optimizando las relaciones sinérgicas de complementariedad, disfuncionales, compatibles e incompatibles que se generan entre ellas posibilitando así la regulación del funcionamiento según los aspectos sociales, ambientales, económicos y territoriales de la calidad de vida.

Este proceso implica la aplicación de distintos criterios en forma multi e interdisciplinar que finalmente se traducen en instrumentos regulatorios como ser normas, planes y/o códigos. El cumplimiento de los objetivos hacia el “modelo territorial deseado” (o plan) solo puede garantizarse mediante una amplia participación y representatividad de todos los actores clave en las diversas instancias implicadas en el proceso.

Entre los conflictos actuales que atiende el OT se encuentran los relacionados con el estilo de desarrollo hacia el desequilibrio, las pautas de consumo y comportamiento de la población, la supremacía del corto sobre el largo plazo, la puja entre interés público e interés privado, la contraposición entre conservación y desarrollo, la degradación del ambiente y el despilfarro de recursos, conflictos entre intereses locales y regionales, conflictos entre actividades y sectores. El instrumento de concertación entre todos estos criterios, intereses y conflictos es el Plan.

Ligado al concepto GIRH y definiendo como unidad territorial la cuenca y/o las subcuencas incluidas en ella, se infiere que el OT articula, integra y armoniza todos los subsistemas que conforman el territorio en un plan (modelo deseado ideal) enlazando los intereses y reglamentaciones parciales de organismos sectoriales con los de organismos político administrativos. En consecuencia perfila el criterio para la toma de decisiones hacia la gestión conjunta. Para llegar a este objetivo es vital establecer la definición de la estructura jurídica, institucional y la autoridad de aplicación según cada caso y el territorio implicado (ya que, cada cuenca o subcuenca tiene características propias).

En nuestro país, el sistema territorial se organiza en subsistemas de distinta jerarquía integrándose cada una con la del nivel superior e inferior, operando mediante los principios de coherencia (a cada conflicto le corresponde un nivel en el que debe ser resuelto y atendido), subsidiariedad (las administraciones de jerarquías superiores deben permitir resolver lo que cada administración inferior pueda resolver evitando interferir) y contracorriente (los planes y normas superiores constituyen referencia para el desarrollo de los de menor jerarquía).

En este sentido y según los conceptos expuestos se puede inferir que en el proceso del OT se deberá definir inicialmente la escala a ordenar, adoptando los criterios y lineamientos de GIRH con el objetivo de llegar a la armonización y articulación entre el medio físico y sus variables con la normativa internacional, nacional, sectorial provincial, lineamientos o reglamentación locales de planes de desarrollo urbano ambiental, códigos de ordenamiento territorial, códigos sectoriales, ordenanzas, estudios, documentos oficiales, mediante un plan de ordenación y manejo de cuencas hidrográficas para cada unidad o área homogénea establecida.

A los fines de este trabajo de investigación se establece como unidad territorial la cuenca: *Alta Cuenca del Río Juramento* y en particular la *subcuenca Arias Arenales*. Esta subcuenca tiene una superficie de 1.226,1 km², implicando seis municipios a saber: Salta Capital, San Lorenzo, Cerrillos, Campo Quijano, Rosario de Lerma y La Merced, los cuales integran el área metropolitana del valle de Lerma (AMVL).

VII. El agua y el desarrollo sostenible

Aunque internacionalmente el derecho al agua no está reconocido expresamente como un “derecho humano independiente”, en las normas internacionales de derechos humanos existen obligaciones específicas en relación con el acceso a agua potable. Esas obligaciones exigen a los Estados que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, que comprende el consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos, higiene personal y doméstica, acceso a servicios de saneamiento, elemento fundamental de la dignidad humana y la vida privada.

El presente detalle muestra una recopilación cronológica pormenorizada de las normas internacionales fundamentales que legislan en tal materia, con un enfoque sistémico del agua como centro del desarrollo humano sustentable:

VII.1. Normativa internacional

— Convención sobre el Desarrollo de la Energía Hidráulica que afecte más de un Estado (Ginebra, 1923, art. 4º).

— Carta de las Naciones Unidas (1945).

— Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, que reconoce el derecho al agua y el derecho a la salud (art. 25).

— Convenio de Ginebra (III), relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949).

— Convenio de Ginebra (IV) relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949).

— Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra 12/08/1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales (protocolo II) (1977).

— Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y su Protocolo Facultativo (2008).

— Carta Europea del Agua (Estrasburgo, 1968).

— Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1967, arts. 5º, 11 y 12).

— Comité DESC, obs. gral. 5, sobre el derecho al agua y obs. gral. 6, sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.

— Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica, 1969).

— Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente Humano, llevada a cabo por la Asamblea de las Naciones Unidas y de la Declaración de Estocolmo del año 1972.

— Convención sobre la Prevención de la Polución Marina por Basuras y Otras Materias (Londres, México, Moscú, 1972).

— Convención Internacional para la Prevención de la Polución por Barcos (Londres, 1973).

— Carta de las Naciones Unidas sobre Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974, arts. 3º y 30).

— Documentos finales de conferencias internacionales Declaración de Vancouver sobre los asentamientos humanos (1976) y Plan de Acción de Mar del Plata.

— Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12/08/1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977).

— Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (1977), celebrada en Mar del Plata (Argentina), donde se habló de la cantidad básica de agua requerida para satisfacer las necesidades humanas y del derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas así como el saneamiento fue considerado como del derecho a un nivel de vida adecuado.

— Declaración Alma-Ata (Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, 1978).

— Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y su Protocolo Facultativo (1999).

— Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en Nairobi - Kenia de 1982, momento en que nuestro país refuerza aún más su compromiso con el ambiente, incorporándolo en diversas normas provinciales.

- Comité de Derechos Humanos, obs. gral. 6 (1982) sobre el Derecho a la Vida. Consejo de Derechos Humanos, res. 7/22 sobre los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) y su Protocolo Facultativo (2002).
- Convención sobre el Derecho del Mar (Ginebra, 1982, arts. 192 al 237).
- Carta Mundial de la Naturaleza (1982).
- Por ley 23.313 se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo en Argentina. Sanc. 17/04/1986 y promul. 06/05/1986. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11, apart. 1º y art. 12, apart. 1º).
- Convenio 161 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Servicios de Salud en el Trabajo (1985).
- Protocolo de San Salvador (1988, art. 11).
- Declaración de La Haya sobre Medio Ambiente (1989).
- La Convención Internacional de los Derechos del Niño, cuyo art. 24 dice: “2. Los Estados Partes aseguran la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptaran las medidas apropiadas para: c) combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante 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 la contaminación del medio ambiente”. El art. 27 dice: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”.
- Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (OIT, 1989).
- Declaración de Nueva Delhi (1990).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obs. gral. 3 de 1990.
- Carta de la Comunidad Europea sobre Derechos y Obligaciones Ambientales (diciembre de 1990).
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obs. gral. 3 (1990) sobre la índole de las obligaciones de los Estados parte.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obs. gral. 4 (1991) sobre el derecho a una vivienda adecuada Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, res. 46/1991 de la Asamblea General.
- Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, res. 46/1991 de la Asamblea General.
- Declaración de Dublín emitida durante la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente en 1992.
- En 1992, el Programa 21, aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y Programa 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992). Momento en que la Argentina comenzó a formar parte de diferentes acuerdos internacionales, incorporándolos de tal modo a su legislación interna.
- La Carta de la Tierra y el Tratado de Agua Dulce, emitidos en un foro global paralelo a la Cumbre de la Tierra llevada a cabo en Río de Janeiro, Brasil en 1992.
- Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) fue adoptado en la Cumbre para la Tierra en 1992
- Declaración y Programa de Acción de Viena aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993).
- El precedente unificador y normativizador en todo el territorio de la República Argentina sobre Derecho Ambiental, fue el Pacto Federal Ambiental del 05/07/1993.

— Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (1994).

— Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático entró en vigor en marzo de 1994.

— En 1996 la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II).

— Convención de las Naciones Unidas de Lucha Contra de la Desertificación entró en vigor en 1996 y es el único acuerdo internacional vinculante que relaciona el medio ambiente y el desarrollo con el manejo sostenible de los suelos. La convención se enfoca específicamente en zonas áridas, semiáridas y subhúmedas y secas, donde se encuentran algunos de los ecosistemas más vulnerables. La Argentina lo hace desde 06/01/1997.

— I Foro Mundial del Agua 1997 Marrakech, Marruecos. Se trata de una reunión trienal a la que se invita a los distintos jefes de estado, empresas públicas y privadas, ONG y, técnicos. Se crea el “Consejo mundial del agua y visión mundial del agua para la vida y el medio ambiente para el siglo XXI”.

— 1998, Primer Tribunal Regional del Tribunal Latinoamericano del Agua, de donde surgió la Declaración Centroamericana del Agua.

— Declaración de París (1998). Resortes de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1° al 6°).

— Reglas de Helsinki sobre los Usos de las Aguas de Ríos Internacionales.

— Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obs. gral. 14 (2000) sobre el derecho al nivel más alto posible de salud.

— Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas “Asamblea del Milenio” (2000).

— Comité de Asesoramiento Técnico de la Alianza Global para el Agua —GWP por sus siglas en inglés— (2000).

— II Foro Mundial del Agua Realizado en los Países Bajos (2000). Se reunieron 5.700 perso-

nas de todo el mundo y se llegó a la Declaración de La Haya sobre la Seguridad del Agua en el siglo XXI.

— Protocolo de Kyoto del 28/09/2001. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático que tiene por objetivo reducir las emisiones de seis gases de efecto invernadero. También en el mismo sentido, el derecho al ambiente sano se encuentra contemplado en el Protocolo de Montreal, Informes de la Organización de las Naciones Unidas, Protocolo de El Salvador, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, etcétera.

— En noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó su obs. gral. 15 sobre el derecho al agua, definido como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.

Contiene artículos referidos al derecho al agua (arts. 1.1, 11 y 12). Establece las obligaciones de los Estados Parte con relación al derecho humano al agua y define las acciones que podrían considerarse como una violación de este.

— En 2003, en el Programa de las Naciones Unidas, el Comité de Alto Nivel sobre Programas creó ONU Agua como mecanismo interinstitucional para promover la coherencia y la coordinación en las medidas del sistema de las Naciones Unidas para aplicar el programa relativo al agua y el saneamiento definido en la Declaración del Milenio y la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Los organismos de las Naciones Unidas que se ocupan del agua y el saneamiento, como el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat) 19, el PNUD, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la OMS, se están remitiendo cada vez más al marco de derechos humanos para hacer frente a la crisis actual del agua y el saneamiento.

— Informes sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo, UNESCO, 2003.

— Año 2003 III Foro Mundial del Agua Kyoto, Shiga y Osaka, Japón. Congregó a más de 24.000 participantes y se lanzó el informe “Acciones mundiales del agua”.

— Convenio de Rotterdam del 11/06/2004.

— En 2006, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobó las directrices para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento.

— 2006 IV Foro Mundial del Agua Ciudad de México. Congregó a 20.000 personas y se trabajó la temática “Acciones locales para el reto global”.

— Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) y su protocolo facultativo (2006).

— En 2007, el ACNUDH, a petición del Consejo de Derechos Humanos.

— Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) se establecen las normas internacionales mínimas para la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas necesarios para su supervivencia, bienestar y dignidad. Arts. 18, 21 y 26.

— La gestión integrada de los recursos hídricos (GIRH) puede ser definida como “un proceso que promueve la gestión y el desarrollo coordinados del agua, la tierra y los recursos relacionados con el fin de maximizar el bienestar social y económico resultante de manera equitativa, sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas vitales” (2008).

— Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obs. gral. 20 (2009) sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.

— V Foro Mundial del Agua Estambul y Turquía (2009). Asistieron 30.000 personas y se generó el “Consenso de Estambul sobre el agua”.

— Res. 64/292 (2010). La Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución denominada “Derecho Humano al Agua y Saneamiento” reconoce que el derecho al agua potable y al saneamiento es un derecho humano esencial para la vida humana.

— VI Foro Mundial del Agua Marsella, Francia. Tuvo como lema “Tiempo de soluciones” (2012).

— El Informe Final del año 2015 sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio, afirma que Argentina pretende mejorar la cobertura de saneamiento y agua potable al decir que “Con

una marcada decisión política sostenida desde el año 2003, se redoblaron los esfuerzos para alcanzar las metas en todas las provincias tomando como metodología intervenir en aquellas poblaciones donde las desigualdades fueran mayores, restituyendo de esta forma la titularidad de los derechos vulnerados al acceso a fuentes de agua segura y saneamiento, con justicia y equidad social”.

— La res. 64/292 de las Naciones Unidas.

— La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14, apart. 2º).

— La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (principios 1, 3, 15).

— La Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1, 1.2, 24).

— Año 2015 VII Foro Mundial del Agua Dae-gu y Gyeongju, Corea del Sur. El lema para las discusiones y seminarios fue: “Agua para nuestro futuro”.

— Convenio de Minamata, fue adoptado en la Conferencia de Plenipotenciarios en 2013 en Kumamoto, Japón y entró en vigor en agosto de 2017. El objetivo de este tratado global es proteger la salud humana y el medio ambiente de las emisiones y liberaciones antropógenas de mercurio y compuestos de mercurio. Incluye disposiciones en materia de información pública, educación ambiental, fomento de la participación y el fortalecimiento de las capacidades.

— La Declaración de Brasilia de Jueces sobre Justicia del Agua fue presentada en la Conferencia de Jueces y Fiscales sobre Justicia del Agua, durante el 8º Foro Mundial del Agua realizado en Brasilia del 18 al 23/03/2018, en dicho documento se destacan 10 principios: 1) el agua como interés público; 2) justicia del agua, uso de la tierra y la función ecológica de la propiedad; 3) justicia del agua y pueblos originarios indígenas, tribales, y pueblos de montaña y otros en cuencas hidrológicas; 4) justicia del agua y prevención; 5) justicia del agua y precaución; 6) *in dubio pro aqua*; 7) principio: quien contamina paga; 8) justicia del agua y buena gestión del agua; 9) justicia del agua e integración ambiental, y 10) justicia procesal del agua.

— El Acuerdo de Escazú del 04/03/2018, tiene como objetivo “garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales”. Promueve la cooperación, la transparencia y fomenta los métodos colaborativos en la resolución de conflictos. Trabaja de esta manera la temática de la Justicia Ambiental, así como promueve la participación de la sociedad en general en temas relacionados con la cuestión ambiental. La Argentina aprobó y promulgó este acuerdo por ley 27.566, siendo el décimo país en aprobarlo y entró en vigencia el día 22 de abril del presente año (3). La importancia de este acuerdo reside en la necesidad de contar con información completa y actualizada, tanto de trabajos públicos como privados, para poder realizar una correcta gestión del agua. El acuerdo es fundamental para este proyecto, puesto que todo protocolo, o gestión que se realice en la cuenca, debe contar con información previa y participación de la población involucrada en la cuenca, ya sean comunidades originarias o criollos.

— Declaración del Milenio, Plan de Ejecución de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, la Agenda 21.

— ODS Agenda 2030 (en planificación y ordenamiento territorial existen diversos documentos y planes no vinculantes pero que al ser oficiales se toman en cuenta y son el fundamento técnico para la toma de decisiones).

VII.2. Normativa nacional

— La Constitución Nacional (4) establece los principios de política hídrica (art. 20); la libertad de navegación de los ríos (art. 26); el derecho a navegar que tienen los habitantes del país (art. 14); el Congreso de la Nación tiene la facultad de reglamentar la libre navegación de los ríos interiores (art. 75, inc. 10). En su art. 31 expresa: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...” Las provincias go-

zan de la reserva de los derechos no delegados a la Nación (art. 121) y del dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (5) (art. 124). El art. 41 dice “...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...” El art. 43 versa sobre el amparo e introduce los derechos de incidencia colectiva, menciona el derecho a la no discriminación, al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor e incluye los derechos de incidencia colectiva en general; además la CN habilita la vía del amparo para que el actor pueda realizar la defensa de los derechos de incidencia colectiva, ya que, es parte de los nuevos derechos y garantías constitucionales.

La regulación y el tratamiento del derecho ambiental, en términos generales, nace en nuestro país antes de la Reforma Constitucional del año 1994. Los antecedentes precitados tuvieron como corolario la Reforma Constitucional del año 1994, donde los constituyentes introdujeron a nivel nacional, la cuestión ambiental en su art. 41, consagrándose así el derecho a un ambiente sano, el deber de preservarlo y el desarrollo sostenible. La cláusula ambiental contenida así en el art. 41 de la CN contempla el tema de los recursos naturales en cuanto a su dominio y uso racional, como así también la cuestión ambiental desde una perspectiva integral y moderna, incluyendo el derecho a un ambiente sano, incorporándose el concepto de desarrollo sostenible, siguiendo de tal manera los lineamientos de la Declaración de Estocolmo del año 1972. La biodiversidad y los recursos naturales, comprenden el bien jurídico protegido por el art. 41 de la CN, que es el equilibrio ambiental.

— El Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 235 afirma que son bienes pertenecientes al dominio público “...a) el mar territorial, el lecho y el subsuelo; b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; c) los ríos, estuarios, arroyos y las aguas que corren por cauces naturales, lagos, lagunas navegables, glaciares, el ambiente peri-

(3) México fue el decimoprimer.

(4) Constitución de la Nación Argentina: Incluye los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Infojus, Buenos Aires, 2013.

(5) Art. 124: “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

glacial, toda agua que adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprende las aguas subterráneas...”

El Código Civil y Comercial actualmente vigente se hace eco de un escalón de prelación y así dice, en la secc. 3ª, “Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva”:

Art. 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 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”.

Art. 241.- “Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

— La ley nacional 2797 del año 1891, pionera en su especie y que aborda la temática ambiental en la República Argentina. Ella trata sobre la purificación de residuos cloacales e industriales que se arrojan a los ríos de nuestra República, mediante un tratamiento previo de purificación. Cabe mencionar que aún sigue vigente en nuestro país.

— Legislación sobre los recursos naturales, tanto a nivel nacional como provincial. A título de ejemplo, el Código de Minería de la Nación, sancionado en el año 1886.

— Art. 240, Cód. Civ. y Com. y sobre los derechos de incidencia colectiva (relacionados al ordenamiento territorial que define usos del suelo y restricciones al dominio privado en función del bien común).

— La ley 25.675 (6) 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. A su vez, brinda el

marco al cual deben integrarse y ajustarse progresivamente las diversas políticas que se engloban en la sustentabilidad del desarrollo. La norma determina objetivos, principios e instrumentos de la política ambiental, menciona el ordenamiento territorial, la participación ciudadana, el proceso de evaluación de impacto ambiental y provee el andamiaje institucional básico sobre el cual deben sancionarse e interpretarse las leyes sectoriales de presupuestos mínimos (7) (8).

Sobre esta ley se basa el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) como máxima autoridad ambiental.

— En el art. 2º de la LGA fija sus objetivos, a saber: a) asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; b) promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria; c) fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión; d) promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; e) mantener el equilibrio y la dinámica de los sistemas ecológicos; f) asegurar la conservación de la diversidad biológica; g) prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo; h) promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal; i) organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a ella; j) establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional; k) establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias

(7) La ley de referencia indica cuáles son los instrumentos de política y gestión ambiental, entre los que están la EIA, OT, educación ambiental, y necesidad de disponibilidad de la información.

(8) Desde 2000 rige en Salta la ley 7070 que se refiere a la Evaluación de Impacto Ambiental y Social (EIAyS) como herramienta, complementando a la ley de presupuestos mínimos de referencia.

(6) Se reconoce esta ley como una de las más claras expresiones del modelo de "federalismo concertado" imperante en el país.

ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental. Esto es, define las bases donde deberá asentarse la política ambiental, teniendo en cuenta principalmente la preservación y conservación de la naturaleza, promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras en forma prioritaria y su necesidad de mantener el equilibrio de los ecosistemas previniendo los daños al ambiente. A su vez, fomenta la participación ciudadana en los procesos de toma de decisión política asegurando el acceso a la información de toda la población.

— En el art. 4° de la LGA, se fijan los principios en materia ambiental, que sirven como criterio. Constituyen el fundamento o razón fundamental del sistema jurídico ambiental.

A continuación, se describen los principios, tal como se los identifica en la LGA:

— Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, este prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

— Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

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

— Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.

— Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

— Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.

— Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.

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

— Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

— Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta.

— Los arts. 28, 29 y 31 de la LGA establecen la obligación de recomponer el daño ambiental y si ello, no fuera técnicamente factible, se aplicará una indemnización sustitutiva, determinada por la justicia ordinaria y depositada en el fondo de compensación ambiental, con la finalidad de prevenir, aminorar los efectos nocivos de los diferentes tipos de contaminación ambiental, garantizar la calidad ambiental y la preservación de los ecosistemas.

— Para ejercer tal derecho de reparación, la recomposición debe reclamarse al contaminador, según el art. 28 de la ley 25.675 —Ley General del Ambiente—, la justicia ordinaria fijará una indemnización sustitutiva, a depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental, sin per-

juicio de otras acciones que pudieren corresponder al caso; a cuyo fin deberá probarse la imposibilidad técnica de remediar.

— Los citados principios deben ser interpretados con una marcada visión integral, cuando el Estado —en sus tres poderes— para ponerlas en práctica. Ello, en clara armonía con las disposiciones de los arts. 170, 271, 972, 1473, 1474 y 1475 del Cód. Civ. y Com.

— La ley 25.688 sobre Régimen de Gestión Ambiental de Aguas determina los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento, el uso racional, y establece el manejo político de las aguas.

Esta norma presenta importantes definiciones y mecanismos para la gestión de los recursos hídricos y reconoce a las cuencas hídricas como unidad de gestión de los recursos hídricos.

Prevé comités de cuencas - Principios de gestión hídrica del COHIFE. Dichos comités de cuenca deben colaborar en la gestión de aquellas cuencas interjurisdiccionales y determinan la obligación, en algunos casos, de contar con sus permisos para la utilización del agua (9).

En el año 2002 se crea el Consejo Hídrico Federal (COHIFE), que trabaja en el fomento de acuerdos interjurisdiccionales para gestión de cuencas. En 2003 se establece un Acuerdo General del Agua a través de una Ley de Política Hídrica en un marco de federalismo concertado entre la Nación y las Provincias (incluyendo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), que se resume en 49 principios rectores, en los que se destaca la articulación de la gestión hídrica con la gestión ambiental y la gestión territorial.

En la Argentina hay 14 cuencas interjurisdiccionales, 5 de las cuales tienen personería jurídica de derecho privado y público —son consideradas autoridades de cuenca (10)—, siendo las restantes, acuerdos entre provincias.

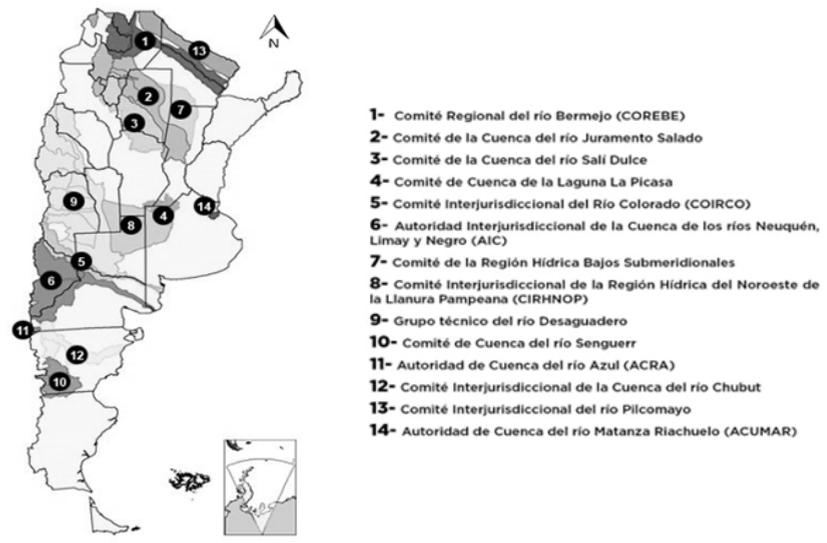


Figura 2. Fuente COHIFE.

(9) En el art. 4º, ley 25.688.

(10) El hecho de que se creen por ley nacional representa en sí mismo un conflicto con las provincias, desde que estas tienen el dominio de los recursos.

— La Ley Presupuestos Mínimos Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos.

— La Ley Presupuestos Mínimos Ordenamiento Territorial.

— El Código Penal argentino en el art. 200 expresa: “Envenenamiento y alteración de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales. Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que envenenare o adulterare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas”. Mientras que la ley 24.051 sobre Residuos Peligrosos en el art. 55 dice: “Será reprimido con las mismas penas establecidas en el art. 200 del Cód. Penal, el que utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión”.

— Plan Nacional del Agua, res. 29/2019.

— Ley nacional 27.566 que incorpora en Acuerdo de Escazú a la legislación nacional.

— Normativa o documentos oficiales de ordenamiento y planificación territorial: PET 2018 (Plan Estratégico Territorial de la Nación) Consultado el 02/04/2021 en: <https://www.argentina.gob.ar/obras-publicas/secretaria/plan-estrategico-territorial>.

VII.3. Normativa de la provincia de Salta (11)

— La Constitución de la Provincia de Salta en el art. 30 dice: “Protección del medioambiente. Defensa de la calidad de vida. Todos tienen el deber de conservar el medio ambiente equilibrado y armonioso, así como el derecho a disfrutarlo. Los poderes públicos defienden y resguardan el medio ambiente en procura de mejorar la calidad de vida de la población, previenen la contaminación ambiental y sancionan

las conductas contrarias”. También se pueden mencionar los arts. 80 y 81.

— El Código de Aguas de la provincia de Salta (12), ley 7017/1998, reglamentado por los decs. 1502/1999, 1989/2002, 2299/2003 (reglamenta los artículos del Código de Agua), 1100/2002 (Tribunales de Agua), 348/2006. Ámbito de aplicación (art. 1º), riego como uso especial (art. 25), concesión (arts. 31 al 51), contribuciones asociadas al uso del agua (art. 56), prorrata (art. 54), concesiones para uso agrícola (art. 69), aforos de las aguas para uso agrícola (art. 56), consorcios (art. 60, dec. 2299/2003); aguas pluviales (art. 136).

— Res. ENRESP 818/2005 - Reglamento Procedimental para el Tratamiento de Reclamos de Usuarios por Anomalías en los Servicios de Distribución Eléctrica y de Agua Potable y Desagües Cloacales.

— Res. ENRESP 194/2008 - Tasa de Fiscalización y Control.

— Ley 6779/1994. Regularización del Uso de Agua de la Cuenca del Río Juramento.

— Ley 6835: Creación del Ente Regulador de Servicios Públicos (ENRESP).

— Ley 6842/1996: Principios para la formulación del régimen del dominio público hidráulico de la provincia.

— Plan Hídrico Provincial - Código de Aguas Ley 7017.

— La ley 7070/2000 de Protección del Medio Ambiente y su dec. regl. 3097/2000, en la secc. I, cap. II referida a los Recursos Hídricos, contiene los principios de Manejo Sustentable, incluye la necesidad de monitorear y controlar su manejo. La secc. II declara el interés público en la protección de las aguas superficiales y subterráneas, refiriéndose a la prevención y control de la contaminación y a la prevención y adopción de medidas para la preservación y control de la calidad de las aguas, contaminación del agua (art. 3º) y el deber del Estado provincial de proteger el medioambiente (art. 11).

(11) <http://www.boletinoficialsalta.gob.ar/NewLeyes.php> (último acceso: abril de 2021).

(12) <https://www.diputadosalta.gob.ar/web/digesto> (último acceso: abril de 2021).

- Ley 7424/2006 de Expropiación de terrenos para obras de energía, hidráulicas de agua potable y cloacales.
- Ley 7543: Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos.
- Ley 7571: Crea la Compañía Salteña de Agua y Saneamiento (CoSAySa).
- Ley 7623, promul. por dec. Ministerio de Economía 3029/2010 - Establece condiciones económicas para la explotación de inmuebles rurales de propiedad del Estado provincial.
- Ley 7625/2010 de Protección de Glaciares.
- Ley 7651: Modifica el art. 2º de la ley 5082 de Coparticipación a Municipalidades de Salta. Se constituye el Fondo de Convergencia Municipal.
- Ley 7658: Crea el Programa de Regularización Dominial y Asistencia para Pequeños Productores Agropecuarios y Familias Rurales.
- Dec. 1005/2017: Ley 7658. Crea el Registro Provincial de Pequeños Productores Agropecuarios y Familias Rurales.
- Ley 7691: Fondo de Reparación Histórica, Financiamiento de Obras Públicas en los Departamentos Productores de Hidrocarburos de la Provincia.
- Ley 7701: Crea el Ente General de Parques y Áreas Industriales - Dec. regl. 2543/2012.
- Ley 7788: Compensación a Productores Ganaderos.
- Ley 7824: Balance Neto para la Generación de Energía.
- Ley 7867, promul. por dec. 66/2015 del M. Ec. Infr. y Serv. Públ. Autoriza al Poder Ejecutivo para Obtención de Préstamos destino: Plan de Obras de Infraestructura Básica de Agua Potable y Saneamiento.
- Decreto del Poder Ejecutivo provincial 2195/2009 - Dispone la constitución de la Compañía Salteña de Agua y Saneamiento Sociedad Anónima y aprueba su Estatuto Social.
- Decreto del Poder Ejecutivo Provincial 3652/2010 - Nuevo Marco Regulatorio para la Prestación de los Servicios Sanitarios de la Provincia de Salta.
- Dec. 2454 - Órgano Protector del Medio Ambiente.
- Resolución 251/2015 - Ley de Presupuestos Nacional 2015.
- Resolución 68/2006 - Registro de Infractores a la Ley de Protección del Medio Ambiente.
- Dec. 2183/2007 - Hidrocarburos.
- Dec. 2372/2008 - Uso Racional y Eficiente de la Energía.
- Dec. 2244/2008 - Censo Nacional Agropecuario.
- Resolución 9/2007 - Administración del Fondo Especial del Tabaco de Salta.
- Dec. 1934/2016 - “Plan de Desarrollo Sustentable y Fomento de la Producción Algodonera”.
- Ley 7961: Plan de Desarrollo Sustentable y Fomento de la Producción Algodonera.
- Dec. 1271/2012 Régimen de Fomento Nacional para el uso de Fuentes Renovables de Energía.
- Resolución 22/2012. Residuos Peligrosos.
- Dec. 2/2011. Permiso de desmonte.
- Dec. 1863/2012 Gasoducto Cobos
- Lagunilla.
- Resolución 330/2012 - Secretaría de Ambiente y Recursos Hídricos.
- Dec. 3249/2011 - Unidad Ejecutora de Recuperación y Saneamiento del Río Arenales.
- Dec. 3081/2012 - Secretaría de Ambiente.
- Dec. 617/2018 - Agencia de Protección Ambiental de Salta (APAS).

— Dec. 270/2019 - Área Protegido bajo la categoría de Reserva Natural de Uso Múltiple denominada “Vipos y La Troja”.

— Dec. 620/2006: Readecuación de Procedimientos para la Aplicación del Régimen de Recuperación de Costos Sanitarios - Ley 6662.

— Dec. 1352/2006: Creación del Fondo de Infraestructura Hídrica, reglamentado por dec. 3270/2006.

— Dec. 4899/2008: Ratifica Convenio-Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos de la Nación y la Provincia de Salta para la Implementación del Régimen de Recuperación de la Ganadería Caprina.

— Dec. 1941/2009: Faculta a la Subsecretaría de Financiamiento la Gestión del Programa de Servicios Básicos Municipales (PSBM).

— Dec. 2195/2009: Dispone la Constitución de la Compañía Salteña de Agua y Saneamiento SA (COSAYSA) - Aprueba su Estatuto Social.

— Ley 8161 - Obligaciones y procedimientos para permisionarios y Concesionarios de áreas Hidrocarburíferas y productos mineros.

— Dec. 402/2012 - Áreas protegida bajo la categoría de refugio provincial de Vida Silvestre “Trasfondo del Tremential”.

— Ley 8206 - Coronavirus. Extensión del Estado de emergencia sanitaria en el territorio de la Provincia de Salta.

— En cuanto al manejo de cuencas y a los problemas ocasionados por el escurrimiento descontrolado de las aguas, el art. 166 (13) hace alusión a la erosión hídrica y a las inundaciones. La autoridad de aplicación es la encargada de fijar las áreas de protección de las cuencas hídricas, fuentes, cursos o depósitos de agua, donde no será permitido el pastoreo, tala de árboles, ni modificar la vegetación; además, el art. 172 dice que tiene a su cargo la determinación de los sectores inundables, en dichos lugares no será permitida la instalación de población, además,

(13) Art. 166: "Las obras necesarias para evitar inundaciones, cambio o alteración de cauces, corrección de torrentes, encauzamiento o eliminación de obstáculos en los cauces públicos, se ejecutarán bajo el régimen de fomento o prorrata".

tendrá a su cargo la emisión del certificado de no inundabilidad.

— Dec. 2381/2002, Resolución 10/2002, dec. 1352/2006 y dec. 3270/2007: referidos a los consorcios de usuarios.

— Cartas municipales.

VII.4. Normativa o documentos oficiales de ordenamiento y planificación territorial a escala provincial y metropolitana con alcance a los municipios vinculados a la subcuenca Arias Arenales

— PDES 2030 (Plan de Desarrollo Estratégico de la Provincia de Salta). Consultado el 02/04/2021 en: <http://www.pdes2030.com.ar/>.

— PEM 2014 (Plan Estratégico Metropolitano Provincia de Salta). Consultado el 03/04/2021 en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pem_valle_de_lerma_-_salta_bid.pdf.

— Lineamientos Estratégicos Metropolitanos, LEM, DAMI, 2015. Consultado el 30/03/2021 en: <http://www.igc.org.ar/images/News/LemLERMA/OCT/PDF/IN-AM7.pdf>.

— Salta Sostenible, inclusiva, resiliente y competitiva 2015. Consultado el 30/03/2021 en: <https://webimages.iadb.org/PDF/Salta+Sostenible.pdf>.

VII.5. Normativa municipal (municipios vinculados a la subcuenca Arias Arenales)

VII.5.a. Salta

Ley 6534 Ref.: Expediente. 90-2071/88. Carta orgánica del Municipio de Salta Capital.

Ord. 15.672/2019 - Plan Integral de Desarrollo Urbano Ambiental II.

Ord. 13.779/2009 - Código de Planeamiento Urbano Ambiental.

Ord. 12.745/2006 - Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental y Social.

Plan Maestro de Drenaje Pluvial, PMDP 2018.

VII.5.b. Rosario de Lerma

Ley 6563, sanc. 31/08/1989. Carta Municipal de la Municipalidad de Rosario de Lerma.

Plan Estratégico Territorial para el desarrollo de Rosario de Lerma, consultado en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_estrategico_territorial_rosario_de_lerma.pdf.

VII.5.c. Cerrillos

Ley 7534, sanc. 11/11/2008, promul. por dec. 5395 del 27/11/2008 - "Carta Orgánica Municipio de Cerrillos"

Plan de Desarrollo Urbano Ambiental PDUA Cerrillos, 2015, consultado en: <https://www.mininterior.gov.ar/planificacion/pdf/planes-loc.SALTA/Plan-de-desarrollo-Urbano-Ambiental-de-Cerrillos-Volumen-III.pdf>.

VII.5.d. La Merced

Ley 8116 sanc. 01/11/2018. Carta Orgánica del Municipio La Merced.

Plan de Desarrollo Urbano Ambiental PDUA La Merced, 2015, consultado en: <http://planeamientourbano.salta.gob.ar/archivos/PDUA-LA-MERCED.pdf>.

VII.5.e. San Lorenzo

Ley 8115, sanc. 30/10/2018, Carta Orgánica del Municipio San Lorenzo. Plan Estratégico Territorial Villa San Lorenzo, consultado en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_estrategico_territorial_villa_san_lorenzo.pdf.

VII.5.f. Campo Quijano

Ley 8126/2018, Régimen de Municipalidades, rige para los Municipios que no estén facultados para dictar su Carta Orgánica y en aquellos que estando facultados para hacerlo no lo hicieron.

Ord. 38/2013, Código de Edificación de Campo Quijano.

Plan de Desarrollo Urbano Ambiental PDUA Campo Quijano, 2014, consultado en: <http://planeamientourbano.salta.gob.ar/archivos/PDUA-CAMPOQUIJANO.pdf>.

VII.6. Normativa del sector privado de la OIT

Recomend. 115 (1961) de la OIT sobre la Vivienda de los Trabajadores. En el año 2007, el Secretario General de las Naciones Unidas, en colaboración con dirigentes empresariales in-

ternacionales, lanzó el Mandato del Agua de los Directores Generales bajo los auspicios del Pacto Mundial de las Naciones Unidas. Esta iniciativa nació del entendimiento de que el sector privado, a través de la producción de bienes y servicios, tiene un impacto en los recursos hídrico.

El convenio 161 (1985) de la OIT sobre los Servicios de Salud en el Trabajo. La recomend. 115 de la OIT sobre la Vivienda de los Trabajadores destaca que el empleador debe garantizar el acceso a servicios de saneamiento adecuados, así como a agua potable.

Muchas empresas han asumido también el compromiso voluntario de respetar y respaldar los derechos humanos, incluido el derecho al agua, especialmente al firmar el Pacto Mundial de las Naciones Unidas.

VIII. Bibliografía

Auditoría General de la Provincia de Salta. Informe de la Cuenta General del Ejercicio 2019. Anexo I. Expte. 242-6594/2019. Disponible en <https://www.agpsalta.gob.ar/sitio/informes-2/>.

Boletín Oficial de Salta. Cartas orgánicas municipales. Disponible en <http://boletinoficialsalta.gob.ar>.

CAFFERATTA, Néstor A., "Derecho fundamental de acceso al agua potable. Agua segura como derecho humano", Ed. EUCASA, Salta, 2020.

CASA SOLANS, "El derecho humano al agua y al saneamiento" https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_spa.pdf.

CEPAL, "Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de Servicios Públicos", disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/seminario_tratados_internacionales_de_proteccion1.pdf.

CONSEJO MUNDIAL DEL AGUA, Foros mundiales del agua. Disponible en http://aquabook.agua.gob.ar/1057_0.

GARROS MARTÍNEZ, María C. — CAU CATTÁN, María A. — LAVÍN, Laura — LOMBAR-

DO, Valeria — LUNA, Walter — RODRÍGUEZ FARALDO, Marcelo — SEGHEZZO, Gabriel — TORRES FERNÁNDEZ, Rosa I. — ZORICICH, Mariana, “Propuesta del IDEAS de la UCASAL: Presupuestos mínimos para la implementación de un consorcio de cuencas en la provincia de Salta”, RD Amb. 62, abril-junio 2020.

GÓMEZ OREA, Domingo — GÓMEZ VILLARINO, Alejandro, “Ordenación territorial”, Ed. Mundi Prensa, 2013, 3ª ed.

INTA, “Ordenamiento Territorial de Salta y sus implicancias para el desarrollo de Cultivos con fines energéticos”, sept. 2009. Doc. IIR-BC-INF-07-09.

INTA, “EEA Salta, Caracterización de las cuencas hídricas de las provincias de Salta y Jujuy”, disponible en http://appweb.inta.gov.ar/w3/prorenea/info/resultados/CuencasyRegionesHidricas/cuencas_Subcuencas.htm.

LOMBARDO, Valeria A., “La importancia de la Gestión Integrada de Recursos Hídricos (GIRH). La cuenca hidrográfica como unidad de gestión descentralizada”, *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, nro. 37, octubre de 2020.

ONU - Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, disponible en <https://www.ohchr.org/documents/publications/factsheet35sp.pdf>.

ORDOÑEZ GÁLVEZ, J. J., “¿Qué es cuenca hidrológica?”, GWP, Sociedad Geográfica de Lima. 2011.

Plan Nacional del Agua, disponible en <https://argentinambiental.com/legislacion/nacional/resolucion-29-19-plan-nacional-del-agua/>.

Principios Rectores de Política Hídrica de la Argentina. COHIFE, 2003, *Revista Amnistía Internacional*, “El agua, derecho humano universal”, disponible en <https://www.amnistia.org/ve/blog/2017/10/3972/el-agua-derecho-humano-universal>.

RECALDE, Darío - ZAPATA, Ricardo M., “La Ordenación del Territorio Instrumento en la gestión de los Recursos Naturales”, Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria - Centro Regional Catamarca - La Rioja, (2007), disponible en https://inta.gob.ar/sites/default/files/script-tmp-inta-la_ordenacin_del_territorio.pdf.

SÁNCHEZ DE ROJAS, E. — GIL CEREZO, M. V. — DEL VALLE, J., “Recursos hídricos en América Latina: ¿Agua que une o agua que separa?”.

TORRES FERNÁNDEZ, Rosa I., “Tesis de Maestría: Los derechos tutelados por la Convención de los Derechos del Niño en las acciones de amparo ambientales”, Directora: María Elisa Rosa, Codirector: Diego Méndez Macías. Salta: UCASAL. Argentina. 2021. http://bibliotecas.ucasal.edu.ar/opac_css/index.php?lvl=cmspage&pageid=24&id_notice=68806.

TORRES FERNÁNDEZ, Rosa I., “El derecho al agua y el derecho a una vida digna. Agua segura como derecho humano”, Ed. EUCASA, Salta, 2020.

ZORICICH, Andrea M., “Estrategias de articulación ambiental y contención a la expansión urbana ‘Cinturón verde para el área metropolitana del Valle del Lerma’ (Rep. Argentina)”, Universitat de Barcelona, TFM Repositorio Digital de la Universitat de Barcelona, 2019, disponible en <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/150878?mode=full>.

La protección y la conservación de los humedales

¿Resulta efectiva la protección de los humedales en la Argentina conforme a la normativa vigente? Caso “Parque Nacional Ciervo de los Pantanos, Provincia de Buenos Aires, Argentina”

Valeria L. Morón (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Conclusiones.

I. Introducción (1)

1.1. Situación problemática inicial

El término “humedales” se refiere a una amplia variedad de hábitats interiores, costeros y marinos que comparten ciertas características. Generalmente están identificados como áreas inundadas temporariamente, donde el agua subterránea aflora en la superficie o en suelos de baja permeabilidad cubiertos por agua poco profunda. Todos los humedales comparten una propiedad primordial: el agua, que tiene un rol fundamental en la determinación de su estructura y funciones ecológicas, desempe-

ñando ambos un papel clave para la vida de las personas, desarrollo y la supervivencia de las comunidades humanas a lo largo de la historia (2).

El concepto de “humedales” (ver figura 1) como objeto de estudio está basado en los entornos más productivos del mundo, funcionado como fuente de agua y sustento no solamente para numerosas especies de animales y vegetales, sino también para los seres humanos (3), pudiendo definirlos como:

(2) Humedales de la República Argentina, Grupo de Trabajo de Recursos Acuáticos, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, 2006, en <https://www.casarsada.gob.ar/pdf/HumedalesArgentina.pdf> (08/11/2018).

(3) <https://www.argentina.gob.ar/ambiente/agua/humedales> (12/10/2018).

(*) Abogada especialista en Derecho Tributario, Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA).

(1) Ver lista de abreviaturas al final.

“Ecosistemas tanto naturales como artificiales que se hallan permanente o temporalmente inundados, ya sea por aguas dulces, salobres o salinas, estancadas o corrientes y, que incluyen regiones ribereñas, costeras o marinas, que no excedan los seis metros de profundidad” (Convención Internacional de RAMSAR) (4).

Figura 1: Esteros del Iberá



Fuente: <https://www.infobae.com/sociedad/2018/02/01/dia-mundial-de-los-humedales-por-que-cuidarlos-es-tan-importante-para-el-planeta/>

Son cunas de diversidad biológica, fuentes de agua y productividad primaria de innumerables especies vegetales y animales, dependientes de ellos para subsistir (5). Dan sustento a altas concentraciones de especies de aves, mamíferos, reptiles, anfibios, peces e invertebrados y siendo significativos depósitos de material genético vegetal (6).

Las interacciones de los componentes físicos, biológicos y químicos de un humedal como parte de la “infraestructura natural” del planeta, tales como los suelos, el agua, las plantas y los animales, posibilitan el desempeño de muchas funciones vitales, como por ejemplo, almacenamiento de agua; protección contra tormentas y mitigación de crecidas; estabilización de costas y control de la erosión; recarga y descarga de acuíferos; depuración de aguas; retención de nutrientes sedimentos y contaminantes; y estabilización de las condiciones climáticas locales, particularmente lluvia y temperatura (7).

Los humedales en buen estado de conservación brindan servicios ecosistémicos esenciales en beneficio de la gente como seguridad alimentaria, seguridad del agua, refugio para cientos de especies vegetales y animales, un “seguro” natural frente a los daños causados por los desastres naturales, como así también su alto valor en el orden espiritual, recreativo y educativo. En consecuencia, los humedales pueden hacer un aporte sustancial a la disminución de la pobreza, la vulnerabilidad ante ella y alcanzar el tan ansiado bienestar social (8).

(4) <http://www.uacj.mx/ICB/UEB/Documents/Hojas%20tecnicas/HOJA%20TECNICA%20HUMEDALES.pdf> (08/10/2018).

(5) <https://www.ramsar.org/es/acerca-de/la-importancia-de-los-humedales> (10/8/2018).

(6) http://archive.ramsar.org/cda/es/ramsar-about-faqs-why-serve-wetlands/main/ramsar/1-36-37%5E7716_4000_2 (12/8/2018).

(7) "Manual de la Convención Ramsar", Secretaría de la Convención de Ramsar, 2013, 6ª ed., en <https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/manual6-2013-sp.pdf> (17/10/2018).

(8) DI PAOLA, María Eugenia - DI PANGRACIO, Ana (FARN) - BLANCO, Daniel - VIDAL, Laura (Fundación Humedales) - SOSA, Heber (Te.Co.Na. - IEF), "Recomendaciones para una gestión sustentable conjunta del sitio Ramsar

Por todas estas características que poseen los humedales es importante protegerlos y promover su conservación y uso sustentable evitando su destrucción y/o descuido, pues ello provocaría, la pérdida o el deterioro de sus propias peculiaridades biológicas y en consecuencia dejaría de ser un escenario propicio para la diversidad biológica y los servicios de los ecosistemas, configurándose una pérdida irreparable si estos recursos continúan sin un cuidado mínimo en el ámbito Nacional.

1.2. Propósitos

El objetivo principal del presente trabajo es comprobar si resulta efectiva la protección de los humedales en Argentina acorde a la normativa vigente en la gestión ambiental de los humedales, propiamente en el Parque Nacional Cervo de los Pantanos.

A este fin, establezco como objetivos específicos, los detallados a continuación:

— Verificar la presencia de políticas públicas coordinadas entre Nación, las provincias, Administración de Parques Nacionales (APN) y las diferentes áreas dentro del ámbito Nacional a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFE-MA) a fin de proteger y conservar los humedales.

— Describir las herramientas de gestión ligadas al manejo de hábitats de humedales en el marco jurídico.

— Comprobar si existe la participación ciudadana, de las comunidades indígenas o de pobladores habitantes en las inmediaciones de algún humedal ante un posible emprendimiento económico involucrado en zonas de humedales.

— Cotejar si existen acciones por parte de los diferentes actores involucrados destinadas a fomentar la educación ambiental en materia de humedales.

— Constatar el uso sustentable de los humedales.

Lagunas de Guanacache, Desaguadero y del Bebedero", 2012, https://farn.org.ar/wpcontent/uploads/2012/03/recomendaciones_Proyecto-Guanacache_mar2012.pdf (13/10/2018).

— Diagnosticar los conflictos institucionales y de gestión que dificultan el manejo apropiado de los humedales de Argentina.

— Examinar la problemática del humedal en el Parque Nacional Cervo de los Pantanos a fin de establecer medidas aplicadas y sus efectos.

— Corroborar la necesidad de una ley de presupuestos mínimos a fin de proteger y conservar los humedales mediante una gestión sustentable tanto para las generaciones presentes como las futuras.

1.3. Marco teórico

Los humedales, para el mundo en términos económicos son ecosistemas valiosos, no obstante ello, están desapareciendo a un ritmo tres veces mayor que los bosques, con graves consecuencias para nuestro futuro, salvo que se adopten medidas urgentes para garantizar su supervivencia (9).

Entre los años 1970 y 2015 desapareció alrededor del 35% de los humedales del planeta y las tasas anuales de pérdida se fueron acelerando a partir del año 2000, según el primer informe Global Wetlands Outlook. Este documento señala que todas las regiones están afectadas, razón por la cual resulta indispensable favorecer políticas protectoras y conservadoras de estos recursos en las diferentes naciones (10).

Las megatendencias a escala mundial, tales como el aumento de la población en el planeta, la globalización, el consumo, la urbanización asociados al cambio climático afectan el agua y degradan la tierra (idem).

Los humedales incluyen lagos, ríos, marismas y turberas, zonas costeras y marinas tales como estuarios, lagunas litorales, manglares y arrecifes de coral, actualmente abarcan una superficie estimada de más de 12,1 millones de km², casi

(9) <https://www.ramsar.org/es/nuevas/los-humedales-el-ecosistema-mas-valioso-del-mundo-estan-desapareciendo-tres-veces-mas-rapido> (09/10/2018).

(10) DUDLEY, Nigel (ed.), "Perspectiva Mundial sobre los humedales - Estado de los humedales del mundo y de los servicios que prestan a las personas", Secretaría de la Convención de Ramsar 2018, https://www.ramsar.org/sites/default/files/fltpbooks/ramsar_gwo_spanish_web.pdf.

tan grande como la isla de Groenlandia. Entre el 13 y el 18 por ciento de ellos están incluidos en la Lista de Humedales de Importancia Internacional de Ramsar que son sitios protegidos.

Los humedales son elementales para la vida de los seres humanos y del planeta, ya que, de modo directo o indirecto, suministran prácticamente el agua dulce consumida en el mundo. La vida de más de mil millones de personas precisa de ellos para su existencia y el 40 por ciento de las especies de la tierra viven y se reproducen en ellos (11).

Otro aspecto a destacar en materia económica, es el valor de los servicios entregados por los humedales, mayores al de los ecosistemas terrestres, teniendo, por ejemplo, los humedales continentales, un valor económico total cinco veces mayor que los bosques tropicales, hábitat terrestre más costoso (ídem).

Los vínculos entre los humedales y los seres humanos son diversos y reiterados, teniendo actualmente alguno de ellos, muchos años, exhibiendo marcas del hombre.

Al respecto en el valle del Rift africano, se observan humedales situados en las márgenes de lagos antiguos existentes preservando restos de asentamientos de homínidos tempranos “garganta de Olduvai” los cuales pueden tener 2 millones de años de antigüedad o más; también, en el cauce del río Jordán en “Gesher Benot Ya'aquov”, al norte de Israel, se percibe la perpetuación del estado de los humedales permitiendo perdurar pruebas de actividades humanas en el valle hace 800.000 años (huesos de animales, instrumentos de piedra y variedad de restos de plantas) marcando como seres humanos concurrían a los humedales del valle a cazar, buscando restos de animales y aprovechaban la vegetación de los humedales para extraer alimentos y materias primas (12).

Los humedales han sido sitios para sepultar sus muertos, recuperando las excavaciones arqueológicas muestras de rituales ligados a enterramientos, siendo un lugar relevante el estanque de Windover, cerca de Cabo Cañaveral, Florida, Estados Unidos, utilizado para efectuar enterramientos hace unos 8.000 años; en ese lugar, los arqueólogos encontraron una máscara de madera con 1.000 años de antigüedad (ver figura 2) (13).

Figura 2: Máscara de madera



Fuente: https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/tmp/pdf/info/cultural_heritage_s02_pdf

(11) *Ibid.*

(12) https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/tmp/pdf/info/cultural_heritage_s02.pdf (09/04/2019).

(13) https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/tmp/pdf/info/cultural_heritage_s02.pdf (09/04/2019).

Se reproduce en el párrafo subsiguiente el texto de “La historia de los humedales y de los seres humanos” (ídem):

“Los humedales, tanto los que son muy antiguos como los de épocas recientes, contienen huellas y pruebas de su historia y preservan el testimonio de las actividades de los seres humanos”.

Los humedales siempre han sido imprescindibles para los seres humanos en cualquier período de su historia siendo un elemento importante de nuestra historia cultural (ídem).

1.4. Metodología y fuentes de datos

La estrategia de investigación del presente trabajo se basa en el uso de material bibliográfico, cuyas fuentes son en su mayoría páginas web, informes AGN y trabajo de campo. Este último, mediante entrevistas y verificaciones, complementadas con fotos en el Parque Nacional Ciervo de los Pantanos (ex Reserva Natural Otamendi), escogido como caso testigo en el cual la autora de este trabajo participó como auditora.

El enfoque del estudio se fundamenta en un examen de la normativa vigente tanto en el ámbito internacional como nacional unido a la protección de los humedales como recurso natural de nuestro país.

El primer estudio será la reglamentación aplicable, el segundo será cerciorarse la gestión integral y coordinada entre los diferentes actores involucrados en la temática, en relación con la participación ciudadana y educación ambiental para todas las personas a fin de lograr un desarrollo sustentable en el uso, protección y conservación de los humedales.

II. Desarrollo

II.1. Marco normativo e institucional

II.1.a. Ámbito internacional: Convención Ramsar

En el ámbito internacional la “Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas”, aprobada en Ramsar (Irán) en el

año 1971 (en adelante, la Convención), relativa a la “conservación y uso racional de humedales” de importancia internacional. Este acuerdo entró en vigor en 1975 aprobándose en la Argentina por ley nacional 23.919, en el año 1991 (14).

La misión de la Convención es “la conservación y el uso racional de los humedales mediante acciones locales y nacionales y gracias a la cooperación internacional, como contribución al logro de un desarrollo sostenible en todo el mundo” (15).

La Convención aplica una definición amplia de los humedales, abarcando todos los lagos y ríos, acuíferos subterráneos, pantanos y marismas, pastizales húmedos, turberas, oasis, estuarios, deltas y bajos de marea, manglares y otras zonas costeras, arrecifes coralinos y sitios artificiales como estanques piscícolas, arrozales, embalses y salinas (16).

Menciona superficies cubiertas de agua, sean estas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros (17).

En el marco de los “tres pilares” de la Convención, las Partes Contratantes (18) se comprometen a:

— Trabajar en pro del uso racional de todos los humedales de su territorio.

— Designar humedales idóneos para la lista de humedales de importancia internacional (la “lista de Ramsar”) y garantizar su manejo eficaz.

(14) <https://www.argentina.gob.ar/normativa/ley-23919-319/texto> (08/10/2018).

(15) <https://www.ramsar.org/es/acerca-de/la-convencion-de-ramsar-y-su-mision> (15/11/2018).

(16) <https://www.ramsar.org/es/acerca-de/la-importancia-de-los-humedales> (15/11/2018).

(17) <https://www.caserosada.gob.ar/pdf/HumedalesArgentina.pdf> (08/11/2018).

(18) <https://www.ramsar.org/es/acerca-de/la-convencion-de-ramsar-y-su-mision> (15/11/2018).

— Cooperar en el plano internacional en materia de humedales transfronterizos, sistemas de humedales compartidos y especies compartidas.

La Convención brinda un marco legal completo a través del dictado de recomendaciones conferencia de las partes (COP), resoluciones COP y manuales, estableciendo lineamientos y directrices desde como completar una Ficha Informativa Ramsar (FIR), hasta cómo confeccionar un inventario de humedales, conservar, proteger y hacer un uso sustentable de ellos, entre otras cosas.

Este marco sugiere que se utilice en el ámbito nacional sus lineamientos y directrices para la acción nacional y para la cooperación internacional en pro de la conservación y el uso racional de los humedales y sus recursos, pero la realidad dista mucho de su implementación no solo en relación con aquellos sitios que ya conforman la lista Ramsar sino también y en peor medida respecto de aquellos sitios/humedales, no presentes en tal listado.

Ramsar ha trascendido la conservación de la biodiversidad asociada a los humedales, convirtiéndose en un instrumento de referencia para iniciativas sobre gestión de los recursos hídricos.

La COP de la Convención **(19)** Ramsar se reúne cada tres años y promueve políticas y lineamientos técnicos para impulsar su aplicación.

La Secretaría de Ramsar es la autoridad coordinadora y administradora de las actividades suscitadas de la Convención **(20)**. Cuando un país se incorpora a la Convención (parte contratante) sea porque ratificó o bien aprobó esta, mediante el dictado de una ley, debe designar una autoridad administrativa en el plano nacional como punto focal de coordinación para la aplicación de la convención.

(19) *Manual de la Convención Ramsar*, Secretaría de la Convención de Ramsar, 6ª ed., 2013, en: <https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/manual6-2013-sp.pdf> (17/10/2018).

(20) <https://www.ramsar.org/es/acerca-de/la-secretaria-de-ramsar> (01/11/2018).

Puntualmente la Convención establece, entre otras cosas que, cada parte contratante **(21)**:

— Designará humedales idóneos de su territorio para ser incluidos en la Lista de Humedales de Importancia Internacional (art. 2º, pto. 1).

— Elaborará y aplicará su planificación de forma que favorezca la conservación de los humedales incluidos en la Lista y, en la medida de lo posible, el uso racional de los humedales de su territorio (art. 3º, pto. 1).

— Fomentará la conservación de los humedales y de las aves acuáticas creando reservas naturales en aquellos, estén o no incluidos en la Lista, y tomará las medidas adecuadas para su custodia (art. 4º, pto. 1).

— Promoverá la investigación y el intercambio de datos y de publicaciones relativos a los humedales y a su flora y fauna (art. 4º, pto. 3).

— Impulsarán el aumento de las poblaciones de aves acuáticas mediante la gestión de los humedales idóneos (art. 4º, pto. 4).

— Favorecerán la formación de personal para el estudio, la gestión y la custodia de los humedales (art. 4º, pto. 5).

— Las partes contratantes se encargarán que los responsables de la gestión de los humedales, a todos los niveles, sean informados y tomen en consideración las recomendaciones de dichas conferencias en lo relativo a la conservación, gestión y uso racional de los humedales y de su flora y fauna (art. 6º, pto. 3) **(22)**.

II.1.a.i. Resoluciones y recomendaciones COP

En cada Conferencia realizada, se dictan recomendaciones y resoluciones COP junto con los manuales los cuales se actualizan de acuerdo con las necesidades, a su vez, establecen los lineamientos y directrices concernientes al manejo y gestión de los humedales.

(21) https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/scan_certified_s.pdf (17/10/2018).

(22) https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/scan_certified_s.pdf (17/10/2018).

Estos instrumentos, permiten a cada administrador de los sitios Ramsar, tener el conocimiento necesario a fin de poner en práctica su implementación en el ámbito nacional, mediante el dictado de políticas públicas y la ejecución de acciones tendientes a cooperar en el ámbito internacional en pro de la conservación y el uso racional de los humedales y sus recursos.

Seguidamente, se especifican las resoluciones y recomendaciones COP (23) más relevantes:

— COP (*) 1 - Cagliari, Italia, 24 al 29 de noviembre de 1980

Recomendaciones:

- 1.3. Designación de humedales en los territorios de las partes contratantes para su inclusión en la lista, en particular sitios de fuera de la región paleártica occidental y tipos de humedales menos representados de esta última región.

- 1.5. Elaboración de inventarios de humedales que ayuden a la elaboración y aplicación de políticas nacionales relativas a los humedales.

- 1.6. Sobre la necesidad de que antes de que se tomen decisiones en el caso de proyectos de transformación de humedales a gran escala, se efectúe un estudio y evaluación de todos los valores en juego (24).

— COP (*) 2 - Cagliari, Italia, 24 al 29 de noviembre de 1980 Groningen, Países Bajos, 7 al 12 de mayo de 1984

Recomendaciones:

- 2.1. Presentación de informes nacionales por lo menos seis meses antes de cada reunión ordinaria.

- 2.2. Enmiendas a la Convención.

- 2.3. Lineamientos prioritarios para la acción.

- 2.9. Medidas para la conservación y protección de humedales no designados para su inclu-

(23) <https://www.ramsar.org/es/search?f%5B0%5D=type%3Adocument#search-documents> (15/11/2018 y 21/03/2019).

(24) <https://www.ramsar.org/es/search?f%5B0%5D=type%3Adocument#search-documents> (15/11/2018 y 21/03/2019).

sión en la Lista de Humedales de Importancia Internacional.

— COP 3 - Regina, Canadá, 27 de mayo al 5 de junio de 1987

Recomendaciones:

- 3.9. Modificación de las condiciones ecológicas de los sitios Ramsar.

— COP 4 - Montreux, Suiza, 27 de junio al 4 de julio de 1990

Recomendaciones:

- 4.1. Restauración de los humedales.

- 4.2. Criterios para identificación de humedales de importancia internacional.

- 4.3. Informes nacionales.

- 4.4. Creación de reservas de humedales.

- 4.5. Educación y capacitación.

- 4.6. Establecimiento de inventarios científicos nacionales de sitios Ramsar potenciales.

- 4.7. Mecanismos para una mejor aplicación de la Convención de Ramsar.

- 4.8. Relativa a las modificaciones en las condiciones ecológicas de los sitios Ramsar.

- 4.10. Directrices para la aplicación del concepto de uso racional.

- 4.13. Responsabilidad de los BMD en relación con los Humedales.

Resoluciones:

- 4.3. Fondo para la Conservación de los Humedales (ídem).

— COP 5 - Kushiro, Japón, 9 al 16 de junio de 1993

Recomendaciones:

- 5.7. Los comités nacionales.

- 5.13. Promoción y fortalecimiento de la región Neotropical de Ramsar.

Resoluciones:

- 5.3. Procedimiento para la designación inicial de sitios para la Lista de Humedales de Importancia Internacional.

- 5.4. El Registro de sitios Ramsar en los que se han producido, se están produciendo o pueden producirse cambios en las condiciones ecológicas (“Registro de Montreux”).

- 5.5 La Creación de un Grupo de Examen Científico y Técnico.

- 5.9. La aplicación de los criterios Ramsar para la identificación de humedales de importancia internacional.

— COP 6 - Brisbane, Australia, 19 al 27 de marzo de 1996

Recomendaciones:

- 6.2. Evaluación del impacto ambiental.

- 6.3. Participación de las comunidades locales e indígenas en la gestión de los humedales Ramsar.

- 6.13. Lineamientos para la planificación del manejo de los sitios Ramsar y otros humedales.

- 6.15. Restauración de humedales.

Resoluciones:

- VI.13. Presentación de información relativa a los sitios incluidos en la Lista de Ramsar de Humedales de Importancia Internacional.

— COP 7 - San José, Costa Rica, 10 al 18 de mayo de 1999

Resoluciones:

- VII.6. Lineamientos para elaborar y aplicar políticas nacionales de humedales.

- VII.8. Lineamientos para establecer y fortalecer la participación de las comunidades locales y de los pueblos indígenas en el manejo de los humedales (25).

- VII.10. Marco para evaluar el riesgo en humedales.

- VII.14. Especies invasoras y humedales.

- VII.17. La restauración como elemento de la planificación nacional para la conservación y el uso racional de los humedales.

- VII.25. Evaluación de la calidad de las aguas en los humedales.

— COP 8 - Valencia, España, 18 al 26 de noviembre de 2002

Resoluciones:

- VIII.8. Evaluación del estado y de las tendencias de los humedales y presentación de informes sobre el particular y la aplicación del art. 3.2 de la Convención.

- VIII.10. Mejorar la puesta en práctica del Marco estratégico y la Visión para la Lista de Humedales de Importancia Internacional.

- VIII.13. Mejorar la información sobre los Humedales de Importancia Internacional (sitios Ramsar).

- VIII.14. Nuevos lineamientos para la planificación del manejo de los sitios Ramsar y otros humedales (sustituye la res. 5.7).

- VIII.16. Principios y lineamientos para la restauración de humedales.

- VIII.18. Especies invasoras y humedales.

- VIII.19. Principios orientadores para tomar en cuenta los valores culturales de los humedales para el manejo efectivo de los sitios.

- VIII.21. Definición más precisa de los límites de los sitios Ramsar en las Fichas Informativas de los Humedales Ramsar.

— COP 9 - Kampala, Uganda, 8 a 15 de noviembre de 2005

Resoluciones:

- IX.1. Anexo A: Marco conceptual para el uso racional de los humedales y el mantenimiento de sus características ecológicas.

- IX.14. Humedales y reducción de la pobreza.

(25) <https://www.ramsar.org/es/search?f%5B0%5D%3Adocument#search-documents> (15/11/2018 y 21/03/2019).

- IX.15. El estado actual de los sitios en la Lista Ramsar de Humedales de Importancia Internacional **(26)**.

- IX.21. *Tomar en cuenta los valores culturales de los humedales.*

- IX.22. *Los sitios Ramsar y los sistemas de áreas protegidas.*

— COP 10 - Changwon, República de Corea, 28 de octubre a 4 de noviembre de 2008

Resoluciones:

- X.1. El Plan Estratégico de Ramsar para 2009-2015.

- X.8. El CECoP para 2009-2015 de la Convención.

- X.13. El estado de los sitios en la Lista Ramsar de Humedales de Importancia Internacional.

- X.15. Descripción de las características ecológicas de los humedales, y necesidades y formatos de datos para un inventario de base: orientaciones científicas y técnicas armonizadas (actualiza y sustituye resolución VIII.6).

- X.16. Marco para los procesos de detección de cambios en las características ecológicas de los humedales, comunicación de ellos y adopción de medidas al respecto.

- X.17. Evaluación del impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica: orientaciones científicas y técnicas actualizadas.

- X.28. Humedales y erradicación de la pobreza.

- X.29. Aclaración de las funciones de los organismos y órganos conexos que aplican la Convención a nivel nacional.

— COP 11 - Bucarest, Rumania, 6 a 13 de julio de 2012

Resoluciones:

- XI.2. Cuestiones financieras y presupuestarias.

- XI.4. El estado de los sitios de la Lista Ramsar de Humedales de Importancia Internacional.

- XI.8. Anexo 1: ficha informativa de los sitios Ramsar (FIR) - revisión de 2012.

- XI.8. Anexo 2 Marco estratégico y lineamientos para el desarrollo futuro de la Lista de Humedales de Importancia Internacional de la Convención sobre los Humedales (Ramsar, Irán, 1971) - revisión de 2012 **(27)**.

- XI.9. Marco integrado y lineamientos para evitar, mitigar y compensar las pérdidas de humedales.

- XI.13. Marco integrado para vincular la conservación y el uso racional de los humedales con la erradicación de la pobreza.

— COP 12 - Punta del Este, Uruguay, 1 a 9 de junio de 2015.

Resoluciones:

- XII.1. Cuestiones financieras y presupuestarias.

- XII.2. El Plan Estratégico de Ramsar para 2016-2024.

- XII.6. Estado de los sitios de la Lista Ramsar de Humedales de Importancia Internacional.

- XII.9. Programa de la Convención de Ramsar sobre comunicación, fomento de capacidad, educación, concienciación y participación (CECoP) para 2016-2024.

- XII.15. Evaluación de la efectividad del manejo y la conservación de los sitios Ramsar.

— COP 13 - Dubái, Emiratos Árabes Unidos, 21 a 29 de octubre de 2018

Resoluciones:

- XIII.1. Día Mundial de los Humedales.

- XIII.2. Cuestiones financieras y presupuestarias.

- XIII.4. Responsabilidades, funciones y composición del Comité Permanente y clasificación

(26) <https://www.ramsar.org/es/search?f%5B0%5D=type%3Adocument#search-documents> (15/11/2018 y 21/03/2019).

(27) <https://www.ramsar.org/es/search?f%5B0%5D=type%3Adocument#search-documents> (15/11/2018 y 21/03/2019).

de los países por regiones en el marco de la Convención.

- XIII.5. Examen del Cuarto Plan Estratégico de la Convención de Ramsar.

- XIII.7. Mejora de la visibilidad de la Convención y de las sinergias con otros acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente e instituciones internacionales.

- XIII.9. Iniciativas regionales de Ramsar para 2019-2021.

- XIII.10. Estado de los sitios de la Lista de Humedales de Importancia Internacional.

- XIII.11. Misiones Ramsar de Asesoramiento (28).

- XIII.12. Orientaciones para identificar turberas como Humedales de Importancia Internacional (sitios Ramsar) para la regulación del cambio climático mundial como argumento adicional a los criterios existentes de Ramsar.

- XIII.13. Restauración de turberas degradadas para mitigar el cambio climático y adaptarse a este y mejorar la biodiversidad y la reducción del riesgo de desastres.

- XIII.15. Valores y prácticas culturales de los pueblos indígenas y las comunidades locales y su contribución a la mitigación del cambio climático y adaptación a este en los humedales.

- XIII.16. Urbanización sostenible, cambio climático y humedales.

- XIII.17. Evaluación rápida de los servicios de los ecosistemas de humedales.

- XIII.18. Los humedales y el género.

- XIII.19. Agricultura sostenible en los humedales.

- XIII.21. Conservación y gestión de pequeños humedales.

(28) <https://www.ramsar.org/es/search?f%5B0%5D=type%3Adocument#search-documents> (15/11/2018 y 21/03/2019).

II.1.a.i.1. Autoridad administrativa (AA) y autoridad de implementación (AI)

Lo estipulado en la presente Convención debe ejecutarse en función de lo mencionado en el documento informativo Ramsar nro. 9 (29) y la resolución X.29 de la COP 10 (30).

Conforme el Documento mencionado la AA y Coordinador Nacional, son designadas por el jefe de Estado o Gobierno o el Ministerio de Relaciones Exteriores de cada Parte Contratante, a fin que se desempeñe como organismo de aplicación o AA de la Convención en el país.

La AA coordina las comunicaciones con la Secretaría de Ramsar y es el principal organismo encargado de la aplicación del tratado. Cooperará con otros organismos gubernamentales e instituciones no gubernamentales a fin de asegurar los mejores resultados en el logro de las metas de la Convención (idem).

A su vez, sirve de enlace con los funcionarios encargados de los sitios propiamente dichos y se ocupa de la designación de nuevos sitios para su inclusión en la Lista de Ramsar (31).

Otra figura importante son los Comités Nacionales Ramsar, según lo establecido por la Recomendación 5.7 (32) y el Plan Estratégico de la Convención (33).

Los Comités pueden concentrar a nivel nacional la aplicación de la Convención, con la participación de todos los organismos gubernamentales competentes, las instituciones científicas y técnicas, las autoridades regionales y locales, las ONG, las organizaciones de base co-

(29) https://www.ramsar.org/es/search?search_api_views_fulltext=documento+informativo+9&f%5B%5D=type%3Adocument#search-documents (07/08/2018).

(30) https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/key_res_x_29_s.pdf (07/08/2018).

(31) https://www.ramsar.org/es/search?search_api_views_fulltext=documento+informativo+9&f%5B%5D=type%3Adocument#search-documents (07/08/2018).

(32) https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/key_rec_5.07s.pdf (07/08/2018).

(33) https://www.ramsar.org/es/search?search_api_views_fulltext=documento+informativo+9&f%5B%5D=type%3Adocument#search-documents (07/08/2018).

munitaria y el sector privado, a fin de encarar cuestiones como:

- Políticas nacionales de humedales.
- Manejo de sitios Ramsar y otros humedales.
- Inclusión en el Registro de Montreux de sitios donde existan problemas de conservación especiales o el retiro de sitios de dicho Registro.
- Incorporación de nuevos sitios en la Lista Ramsar de Humedales de Importancia Internacional.
- Presentación de propuestas de proyectos al Fondo Ramsar de Pequeñas Subvenciones.
- Aportaciones técnicas para la elaboración de los informes nacionales y examinar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones adoptadas por la Conferencia (ídem).

En igual sentido, la resolución X.29 de la COP 10 (34) determina que como mínimo, cada Parte Contratante debe nombrar una AA y un punto focal nacional, también reafirma la función principal desempeñada por la AA designada, tendiente a asegurar la representación permanente de la Parte ante la Convención y la aplicación de la Convención a nivel nacional.

El Anexo de la resolución (35) establece un resumen de las funciones generales a cumplir por los organismos nacionales en función de sus circunstancias y capacidades particulares, siendo ellas:

— Asegurar la representación permanente de la Parte Contratante en la Convención.

— Coordinar las actuaciones nacionales de todos los agentes pertinentes para la aplicación de la Convención según lo siguiente:

i) compartir información e intercambiar ideas con las organizaciones pertinentes, incluidos los organismos públicos, la sociedad civil y los donantes;

ii) designar humedales para la Lista de Ramsar;

iii) organizar el manejo apropiado de esos sitios;

iv) organizar la preparación y aprobación de una política nacional de humedales y facilitar su aplicación por parte de las organizaciones pertinentes;

v) promover a nivel nacional los valores de Ramsar, incluidos los enfoques para el uso racional de los humedales.

— Orientar y apoyar la creación de capacidad institucional pertinente a nivel subnacional (ídem).

La AA debe actuar de enlace con otros organismos públicos y puntos focales nacionales de otros acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente para fortalecer la aplicación de la Convención (ídem).

La AA nombra una persona para ejercer la función de punto focal nacional de la Convención y representar la parte contratante, actuando sistemáticamente de enlace entre el gobierno de la parte contratante y la Secretaría de la Convención (ídem).

La Convención colabora estrechamente con otras convenciones mundiales y regionales relacionadas con el medio ambiente como las de Cambio Climático, Diversidad Biológica, Lucha contra la Desertificación, Especies Migratorias, Patrimonio Mundial y el Programa sobre el Hombre y la Biosfera de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) (36).

Esta Convención cuenta además con cinco organizaciones internacionales asociadas reconocidas oficialmente - Bird Life International, Unión Mundial para la Naturaleza (UICN), Wetlands International, el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF) e International Water Management Institute, ayudando a las Partes Con-

(34) https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/key_res_x_29_s.pdf (07/08/2018).

(35) https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/key_res_x_29_s.pdf (07/08/2018).

(36) "Humedales de la República Argentina", Grupo de Trabajo de Recursos Acuáticos, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, 2006, en <https://www.casarsada.gob.ar/pdf/HumedalesArgentina.pdf> (08/11/2018).

tratantes a aplicar la Convención ofreciendo asistencia a los países que están realizando los trámites para adherirse a ella (ídem).

La selección de sitios para su inclusión en la Lista de Humedales de Importancia Internacional o Lista de Ramsar, está basada en criterios ecológicos, botánicos, zoológicos, limnológicos e hidrológicos (ídem).

Los sitios Ramsar que enfrentan problemas para mantener sus características ecológicas pueden ser inscriptos por el país interesado, en el Registro de Montreux. Se les puede facilitar asistencia técnica para resolverlos (37) y apoyo financiero pudiendo requerirlo al Fondo Ramsar de Pequeñas Subvenciones y al Fondo de Humedales para ejecutar en el Futuro proyectos tendientes a su conservación y uso racional (38) (ídem).

Actualmente la cantidad de sitios incluidos en la lista Ramsar en Argentina asciende a 23, y solo uno de ellos está inscripto en el Registro de Montreux (Laguna de Llanquanelo, designado 08/11/1995, Mendoza, 65.000 ha) (39).

II.1.a.i.2. Autoridad administrativa y autoridad de implementación en la Argentina

Conforme a lo expuesto, la normativa nacional vigente y la información resultante de los informes de AGN aprobados en los años 2011 y 2019, mediante resoluciones aprobatorias 151/11 (25/08/2011) y 90/19 (11/06/2019) (40) se puede inferir que en nuestro país:

— La autoridad de implementación (41) es la (actual) Secretaría de Gobierno de Ambiente

(37) https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/montreux_list_2016_efs.pdf (17/03/2019).

(38) https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/pdf/res/key_res_4.03s.pdf (17/11/2018).

(39) <https://rsis.ramsar.org/es/ris/759?language=es> (17/03/2019).

(40) Informe de AGN - Resoluciones aprobatorias 151/11 (25/08/2011) y 90/19 (11/06/2019), en <https://www.agn.gov.ar/>.

(41) <https://www.ramsar.org/es/documento/informes-nacionales-cop12-argentina> (03/09/2018).

y Desarrollo Sustentable (SGAyDS) (42), a través del Grupo de Trabajo de Recursos Acuáticos (43), perteneciente a la Dirección Nacional de Gestión Ambiental del Agua y los Ecosistemas Acuáticos (DNGAAyEA) (44); y

— La Autoridad Administrativa Ramsar es el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (MREyC), a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales. Su única intervención es remitir a la Secretaría de la Convención Ramsar la solicitud de inclusión del sitio a la lista Ramsar que le solicita la SGAyDS, para luego remitir los certificados y documentación correspondientes a cada nuevo sitio Ramsar designado.

La SGAyDS es el contacto diario con las autoridades locales y con la Secretaría Ramsar y puede colaborar técnicamente en la elaboración de planes de manejo y otras herramientas de gestión que hagan a la aplicación de la Convención, si así se lo solicitaren.

Los sitios Ramsar según su ubicación son administrados por las autoridades provinciales, por la CABA o por APN, según corresponda.

En Argentina se creó el Comité Nacional Ramsar, conforme surge de la res. SRNyAH 555/1994 y sus modificatorias (res. 437/1996 y 276/2000), a efectos de coordinar y asesorar en la aplicación de la Convención; no obstante, su creación el informe de auditoría de AGN dejó sentado en uno de sus hallazgos:

“El Comité Nacional Ramsar (...) no está operativo y no involucra todas las instituciones competentes, ya que no lo integran todas las Provincias y no están representados todos los organismos nacionales vinculados a la materia” (45).

Consecuentemente como el Comité nunca entró en funciones, Nación, a fin de lograr apli-

(42) Dec. PEN 958/2018 modifica estructura organizativa de la Administración Pública Nacional.

(43) Res. MSyA 950/2004.

(44) Decisión Administrativa de Jefatura de Gabinete de Ministros 311/18 (Anexo II).

(45) Res. 151/2011 del 25/08/2011, en: <https://www.agn.gov.ar/>.

car la Convención, busca articular con autoridades provinciales y ONG, en otros ámbitos pensados, por ejemplo, las reuniones regionales de administradores de sitios Ramsar o en el COFEMA.

II.1.a.ii. Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), Río de Janeiro

Es un tratado internacional jurídicamente vinculante con tres objetivos principales, la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. *Su objetivo general es promover medidas que conduzcan a un futuro sostenible (46).*

La conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad, cubriendo la diversidad biológica a todos los niveles: ecosistemas, especies y recursos genéticos. Asimismo, se extiende a la biotecnología, a través del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. De hecho, envuelve los posibles dominios directa o indirectamente relacionados con la diversidad biológica y su papel en el desarrollo, desde la ciencia, la política y la educación, a la agricultura, los negocios, la cultura y mucho más (ídem).

El órgano rector del CDB es la COP autoridad suprema de todos los Gobiernos (o Partes) que han ratificado el tratado, se reúne cada dos años para examinar el progreso, fijar prioridades y adoptar planes de trabajo (ídem).

La Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (SCDB) tiene su sede en Montreal, Canadá. Su principal función es ayudar a los Gobiernos a aplicar el CDB y sus programas de trabajo, organizar reuniones, redactar borradores de documentos, coordinar la labor del Convenio con la de otras organizaciones internacionales, así como recopilar y difundir información. El secretario ejecutivo es el director de la Secretaría (47).

(46) <https://www.un.org/es/events/biodiversityday/convention.shtml> (17/03/2019).

(47) <https://www.un.org/es/events/biodiversityday/convention.shtml> (17/03/2019)

Datos y cifras (ídem)

— El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) quedó terminado para la firma el 5 de junio de 1992 en la Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro entrando en vigor el 29 de diciembre de 1993.

— Hasta la fecha hay 193 partes.

— Los componentes de la diversidad biológica son todas las formas de vida existentes en la Tierra, incluidos los ecosistemas, los animales, las plantas, los hongos, los microorganismos y la diversidad genética.

— Con sus tres objetivos, el CDB es considerado como el principal instrumento internacional para el desarrollo sostenible.

— Los ecosistemas, las especies y los recursos genéticos deberían ser utilizados en beneficio del ser humano, pero evitando la pérdida de diversidad biológica.

— Para conservar la diversidad biológica hacen falta cuantiosas inversiones, pero se obtendrán considerables beneficios ambientales, económicos y sociales.

— El enfoque por ecosistemas, una estrategia integrada para gestionar recursos, es el marco de acción del Convenio.

— Según el principio de precaución, cuando haya peligro de considerable reducción o pérdida de diversidad biológica, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas que impidan o minimicen dicho peligro (ídem).

El presente CDB fue aprobado en Argentina, mediante la ley 24.375 (48), en el año 1994 y la autoridad de aplicación de la presente Convención es la SGAYDS.

En este sentido, conforme a la relación de esta Convención con la de Ramsar, la ENB trata la protección de humedales (res. SAyDS 91/2003,

(48) <http://argentinambiental.com/sin-categoria/ley-24375-convenio-la-diversidad-biologica/> (17/03/2019).

sección segunda —III— objetivo 2.4 y sección tercera —V— objetivo 1.1) (49).

En 2017, la Comisión Nacional Asesora para la Conservación y Utilización Sostenible de la Diversidad Biológica (CONADIBIO), cuya Secretaría Técnica está presidida por la SGAYDS, elaboró tal ENBD y estableció un Plan de Acción 2016-2020 integrado por 21 metas nacionales con el objetivo principal de conservar la biodiversidad y el uso sustentable de los recursos naturales.

El objetivo general de la ENB es “conservar la biodiversidad con un enfoque basado en los ecosistemas desde una perspectiva centrada en la escala de paisaje a fin de mejorar el estado de conservación de las especies silvestres, además de asegurar el bienestar y la calidad de vida de las personas que dependen de estas” (50).

Cabe destacar, que en su Meta 4 propone: “aumentar un 20% la superficie protección actual de los humedales y avanzar en la integración de los humedales al sistema de planificación pública a nivel local, regional y nacional” (res. MAyDS E 151/2017) (ídem).

Además, menciona que “los humedales han sufrido alteraciones en su estructura y funcionamiento derivados de cambios en sistemas productivos y emprendimientos urbanísticos, entre otras causas (Kandus *et al*, 2011, Sica *et al*, 2016). Esta situación ha suscitado un debate nacional respecto de las medidas necesarias para su conservación, uso racional y restauración” (ídem).

Define a los humedales, como ecosistemas que permanecen en condiciones de inundación o, por lo menos, con su suelo saturado con agua en forma permanente o por períodos de tiempo considerables. Si bien en este término se incluyen una amplia variedad de fisonomías, *todos los humedales comparten una propiedad primordial: el agua y su dinámica juegan un papel fundamental en la determinación de su es-*

(49) Res. SAyDS 91/2003, secc. 2ª —III— Objetivo 2.4 y secc. 3ª —V— Objetivo 1.1), cita online: AR/LEGI/265W.

(50) Res. MAyDS E 151/2017, anexo I, cita online: AR/LEGI/957H.

tructura y funciones ecológicas (Benzaquen et al. 2013) (51).

Luego en su Anexo V, referido a Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda Desarrollo Sostenible 2030 - UN, 2015) se refiere al ODS 6 (Agua limpia y saneamiento e indica conforme al “de aquí a 2020, proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos” (p. 110, Anexo I Estrategia Nacional sobre la Biodiversidad Plan de Acción 2016-2020 República Argentina) (ídem).

En igual sentido y en relación con el ODS 15 “Vida de ecosistemas terrestres” (52), concierne a “Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad”, en su meta 15.1 indica “que, de aquí al 2020, se va a asegurar la conservación, el restablecimiento y el uso sostenible de los ecosistemas terrestres y los ecosistemas interiores de agua dulce y sus servicios, en particular los bosques, los humedales, las montañas y las zonas áridas, en consonancia con las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales”.

II.1.a.iii. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Considerando todo lo expuesto en el ámbito internacional y lo establecido en la presente Convención de Viena aprobada por Argentina, a través de la ley 19.865 (53), las normas del Derecho Internacional disponen que, los convenios, como la Convención Ramsar, una vez firmados y ratificados por un país, se conviertan en ley interna; a diferencia de las declaraciones, actas de conferencias, etc., conocidas como *soft law* (no vinculantes para quienes la suscriben), la especificidad de los convenios, convenciones y

(51) *Ibid.*, anexo V, p. 121.

(52) <https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals/goal-15-life-on-land.html> (30/07/2019).

(53) Ley 19.865, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cita online: AR/LEGI/13QU.

tratados (54) radica en el principio *pacta sunt servanda* (55), acerca que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe” (56).

En la Conferencia Internacional “Río+20” (Río de Janeiro, 2012) se planteó el Compromiso mundial “El futuro que queremos: agua y saneamiento” admitiendo que el agua es la base del desarrollo sustentable y está íntimamente relacionada con un importante número de desafíos a escala global. Al mismo tiempo se reafirman los compromisos de Johannesburgo (Conferencia Internacional de las Naciones Unidas “Río+10”, Johannesburgo, 2002) (57).

Asimismo, se convalida el compromiso respecto del derecho de toda persona a tener acceso al agua potable y al saneamiento, reconociendo el rol clave de los ecosistemas naturales (particularmente los humedales) en el mantenimiento de la cantidad y calidad de agua y en el apoyo de acciones para proteger y hacer un manejo sustentable de dichos ecosistemas (ídem).

II.2. *Ámbito nacional*

La República Argentina cuenta con un amplio régimen jurídico de protección ambiental, originado hace más de un siglo. La primera ley argentina que reguló la temática ambiental fue la ley nacional 2797 (1891) de “Purificación de residuos cloacales e industriales que se arrojan a los ríos”. A partir de la sanción de esta ley, la Nación y las provincias comenzaron a normar el recurso natural de forma independiente y hacia fines del siglo XIX el derecho ambiental

(54) DI PAOLA - DI PANGRACIO - BLANCO - VIDAL - SOSA, ob. cit., y ley 19.865. Todos sinónimos, conforme al Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

(55) Art. 26, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

(56) Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html> (30/07/2019).

(57) Agua y Humedales - Proyecto "Futuros" 2016, en <http://www.cohife.org/s77/documentos-oficiales> (30/07/2019).

argentino estaba compuesto por normas dispersas (58).

A comienzos de 1990, la temática ambiental toma un nuevo impulso y la mayoría de las provincias argentinas comienzan a incorporar en sus respectivas constituciones el principio de protección del ambiente (ídem).

II.2.a. Constitución Nacional

La reforma constitucional de 1994 coloca al ambiente como sujeto y como un bien colectivo y jurídico tutelado, consagrando el derecho a un ambiente sano y la obligación de preservarlo, y permitiendo un efectivo desarrollo sustentable. Incorpora cuestiones trascendentales como los presupuestos mínimos de protección al ambiente, el uso racional de los recursos naturales, la recomposición de daño ambiental, la educación e información ambientales, la protección de la biodiversidad, así como la preservación del patrimonio natural y cultural (ídem).

A través del art. 124, la reforma del año 94, establece que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, esto implica que las provincias tienen facultades de tutela y legislativas sobre ellos, pero no su propiedad, excepto estén en territorio fiscal (ídem).

En igual sentido, el art. 121, de la CN establece que “...las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución, al Gobierno federal...” (59).

Por otro lado, el art. 41, la CN reconoce el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y el deber de preservarlo, imponiendo a quien provoca un daño al ambiente la obligación de recomponerlo (60).

Además, establece que “la Nación dictará las normas de presupuestos mínimos de calidad ambiental (legislación básica de aplicación im-

(58) Res. MAyDS E 151/2017, anexo II, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/957H.

(59) Constitución de la Nación Argentina.

(60) Res. MAyDS E 151/2017, anexo II, cita online: AR/LEGI/957H.

perativa por las provincias) y las provincias, a su vez, dictarán las normas necesarias para complementarlas (legislación adicional máxima, que necesitan un acto expreso de las legislaturas provinciales para tener aplicación en sus territorios) sin que altere las jurisdicciones locales” (idem).

Es decir, la Nación no puede establecer un régimen ambiental completo, sino que debe limitarse al establecimiento de mínimos ambientales los cuales las provincias complementarían de acuerdo con sus necesidades. La gestión pública ambiental es compartida entonces por el Estado nacional, las provincias y los municipios (idem).

En este marco, el art. 31 (61) CN consagra el principio de supremacía de las normas, reza: “Esta Constitución, las leyes que en su consecuencia el Congreso dicte y los tratados con potencias extranjeras...” Es decir, la pirámide jurídica en Argentina se conforma con la Constitución y los tratados sobre derechos humanos en la cima (62), los demás tratados internacio-

(61) Cita online: TR LALEY AR/LCON/03YJ.

(62) El art. 75, inc. 22, de la CN dispone que le corresponde al Congreso Nacional “aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la tota-

nales y las restantes normas (leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones) por debajo (63).

En síntesis, el país que firma y ratifica una convención se compromete ante las normas del derecho internacional a cumplir con las obligaciones que aquella establece y conforme a lo dispuesto por nuestra Constitución Nacional, dichos tratados internacionales prevalecen por encima de las leyes nacionales (64).

Otra técnica legislativa federal utilizada para uniformar exigencias y criterios ambientales fueron las leyes nacionales por adhesión. Pero su aplicación se verifica, mediante la efectiva adhesión provincial a través de los instrumentos locales correspondientes (65).

II.2.b. Código Civil y Comercial de la Nación

Cabe destacar también que el nuevo Cód. Civ. y Com., vigente desde el año 2014, reconoce en el art. 14 los derechos individuales y aquellos de incidencia colectiva, y determina que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general” (idem).

Asimismo, el art. 240 establece que el uso de los bienes debe ser compatible con dichos derechos de incidencia colectiva., debiendo “conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público” 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, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial” (idem).

Por su parte, el art. 241 determina que “cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre

alidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

(63) DI PAOLA - DI PANGRACIO - BLANCO - VIDAL - SOSA, ob. cit.

(64) *Ibid.*

(65) Res. MAyDS E 151/2017, anexo II, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/957H.

presupuestos mínimos que resulte aplicable” (ídem).

II.2.c. Ley 25.675 General del Ambiente

La ley 25.675 General del Ambiente (LGA) como ley marco en cuestiones ambientales, es importante. Rige en todo el territorio de la Nación, es de orden público y se utiliza tanto para la interpretación como para la 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 (66).

Lo expuesto en el párrafo que antecede, es la conocida “Regla de la supletoriedad” la cual a diferencia del principio de jerarquía conocido por todo el ordenamiento jurídico, viene a marcar una diferencia, pues ella ni dispone la expresa derogación de leyes especiales anteriores, ni las excepciona totalmente, sino que establece la prioridad de los contenidos de la LGA respecto de la “legislación específica sobre la materia”, los que solo pervivirán en la medida que “no se opongan a los principios y disposiciones contenidas en la ley marco” (67).

Aclarado este aspecto, la LGA dispone entre otros, como uno de los objetivos de la política ambiental nacional asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; y asegurar la conservación de la diversidad biológica (ídem).

A su vez, debe cumplir con “un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional”. Entre los principios que rigen la interpretación y su aplicación se encuentra el de solidaridad: la Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales

(66) LGA 25.675, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/3C0K.

(67) ESAÍN, José A., “La distribución de competencias Nación Provincias en materia ambiental”, material clase Competencias de la Especialización en Derecho Ambiental.

transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos (68).

Además, establece como bien jurídicamente protegido el logro de una gestión adecuada y sustentable del ambiente, la protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (ídem).

Esta ley marco, obligatoria para todo el territorio de la Nación, conlleva a la Nación, a través de la SGAYDS, las provincias, los municipios y todo otro organismo como APN, el deber de preservar el ambiente y a cumplir con los objetivos y principios establecidos por ella además de implementar según el caso los instrumentos de política y gestión ambiental, que esta consagra con el único fin de proteger y conservar “el ambiente” —macrobien— y “los humedales” —microbien— (arts. 2º, 4º, 5º y 8º, de tal ley, respectivamente).

II.2.d. Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. Ley 25.688

Otra ley para citar, cuando nos referimos a las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso al considerarlas indivisibles o cuando estamos en presencia de una cuenca hídrica interjurisdiccional es la ley 25.688 de Presupuestos Mínimos Ambientales para la Preservación de las Aguas, su Aprovechamiento y Uso Racional (69).

Esta define el agua como “aquella que forma parte del conjunto de los cursos y cuerpos de aguas naturales o artificiales, superficiales y subterráneas, así como a las contenidas en los acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas” (ídem).

Describe la cuenca hídrica superficial como aquella “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” y que “las cuencas hídricas como

(68) Informe AGN aprobado por res. 90/2019, en <https://www.agn.gov.ar/> (11/06/2019).

(69) DI PAOLA - DI PANGRACIO - BLANCO - VIDAL - SOSA, ob. cit.

unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles” (ídem).

Hace un llamado a la creación de comités de cuencas hídricas, para las cuencas interjurisdiccionales, con el objetivo de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de tales cuencas (70).

A su vez, menciona que cada comité conforme a la competencia geográfica que posee, le permite emplear categorías menores o mayores de la cuenca, agrupando o subdividiendo estas en unidades ambientalmente coherentes a fin de una mejor distribución geográfica de los organismos y de sus responsabilidades respectivas (71).

Agrega que, para la utilización de todas las aguas objeto de esta ley, van a requerir el permiso de la autoridad competente y cuando estemos en presencia de cuencas interjurisdiccionales, y el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo, la aprobación será vinculante para su utilización por el Comité de Cuenca correspondiente, el cual quedará facultado para este acto, por las distintas jurisdicciones que lo componen (ídem).

Por último, dispone que la autoridad nacional puede, a pedido de la autoridad jurisdiccional competente, declarar zona crítica de protección especial a determinadas cuencas, acuíferas, áreas o masas de agua por sus características naturales o de interés ambiental (ídem).

Esta parte de la ley, se puede interpretar como protectora de los humedales entendiendo que, están ante una herramienta fundamental que permite a una autoridad jurisdiccional competente, petitionar a la autoridad nacional, la declaración de zona crítica de protección a determinada área, cuyas características así lo constituya.

II.2.e. Ley de Protección de Bosques Nativos. Ley 26.331

Esta ley es importante citarla, ya que, en su Anexo cuando habla de criterios de sustentabi-

(70) DI PAOLA - DI PANGRACIO - BLANCO - VIDAL - SOSA, ob. cit.

(71) Ibid.

lidad ambiental para el ordenamiento territorial de los bosques nativos, menciona la importancia de los humedales.

Su apart. 9º establece: “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 (...), etc.” (72).

II.2.f. Código Penal

En la legislación actual argentina no hay un tipo penal protector del ambiente por sí mismo, no obstante, el legislador estableció tipos penales que pueden relacionarse con la protección del ambiente (73).

Ejemplos, son el art. 200 del Cód. Penal que castiga el envenenamiento o adulteración de aguas potables, siendo el bien jurídico protegido la salud pública. A esto, se suman las leyes especiales: 24.051 (Residuos peligrosos) y la 22.421 (Conservación de fauna silvestre) y delitos vinculados con el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los funcionarios públicos (ídem).

El Cód. Penal establece una pena “al que envenenare o adulterare, de modo peligroso para la salud, aguas potables (...), destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas” y determina que, “si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona o resultaren lesiones gravísimas o graves la pena aumenta” (arts. 200 y 201 bis agravante respectivamente) (74).

También estipula que “cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá una multa, pero si el resultado fuera enferme-

(72) Ley 26.331, anexo, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/0XWB.

(73) Clase de la Especialización en Derecho Ambiental - Derecho Penal Dra. Magalí Mazzuca.

(74) Código Penal, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/54TI.

dad o muerte la pena aumenta (agravante art. 203) (ídem).

II.2.f.i. Otras figuras del Código Penal relacionadas con delitos ambientales

Abuso de autoridad, art. 248 Cód. Penal: será penalmente responsable el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las normas legales, o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes, o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumben (75).

Incumplimiento de los deberes de funcionario, art. 249 del Cód. Penal: el Código castiga al funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio (ídem).

A estas figuras se suman la de encubrimiento y falsificación de documentos —art. 277, art. 292 y 293, Cód. Penal, respectivamente (ídem).

II.2.f.ii. Ley 24.051 de Residuos Peligrosos Es una ley de adhesión y de carácter “mixto” (contiene normas de índole administrativa, regulación de carácter local y federal y también derecho de fondo). Al contener disposiciones penales es aplicable a todo el territorio del país, independientemente si la provincia adhirió o no a la ley (76).

Establece un sistema que contiene tipos penales dolosos y culposos. Además, posee una norma específica de autoría cuando quien contamina es una persona jurídica (ídem).

La ley reprime con la misma pena que el art. 200 del Cód. Penal al que “utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”. “Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena aumenta” (77) (art. 55).

(75) Código Penal, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/54TI.

(76) Clase de la Especialización en Derecho Ambiental - Derecho Penal Dra. Magalí Mazzuca.

(77) Ley 24.051 de Residuos Peligrosos, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/5MU0.

Este artículo amplía al art. 200 del Cód. Penal, pues, protege al suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente general.

Se considera peligroso, a los efectos de esta ley, todo residuo (definición amplia) que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. En particular, serán considerados peligrosos los residuos indicados en el anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el Anexo II de esta ley (descripción ejemplificativa, art. 2º) (78).

Si alguno de los hechos previstos en el art. 55 “fuera cometido por imprudencia, negligencia o impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas”, se impondrá una pena por violar el deber objetivo de cuidado (figura culposa); si de esta violación resultare enfermedad o muerte de alguna persona, la pena aumenta (art. 56) (79).

Esta ley también contempla la responsabilidad de las personas jurídicas, ya que, “cuando alguno de los hechos previstos con antelación se hubiese producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de ella que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir” (art. 57) (ídem).

Toda persona jurídica adquiere la posición de garante, esto conlleva que aquel que trabaja con residuos peligrosos sea garante de que en el proceso de utilización no se produzcan riesgos los cuales puedan afectar a la salud o el ambiente.

Por último, cabe destacar que la LGA dispone que, tanto la responsabilidad civil como la penal, son independientes de la administrativa (art. 29, párr. 2º) (80).

(78) Clase de la Especialización en Derecho Ambiental - Derecho Penal Dra. Magalí Mazzuca.

(79) Ley 24.051 de Residuos Peligrosos, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/5MU0.

(80) LGA 25.675, art. 29, párr. 2º, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/3COK.

II.2.g. Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable (SGAyDS). Estructura organizativa. Funciones

La SGAyDS, se crea por el dec. PEN 802/2018 (81). Entre las funciones asignadas se establece asistir al presidente de la Nación y al jefe de Gabinete de Ministros en lo inherente a la política ambiental y su desarrollo sustentable, utilización racional de los recursos naturales, gestión ambientalmente sustentable de los recursos hídricos y supervisión del accionar de la APN (82).

El organigrama de la SGAyDS en lo relativo a los humedales, ha tenido varios cambios en su estructura organizativa, los cuales pueden sintetizarse en cuatro momentos fundamentales:

1. En 2004 se aprobó la conformación del Grupo de Trabajo de Recursos Acuáticos (res. MSyA 950/2004) (83), cuyo objetivo es el cumplimiento de los cometidos como autoridad de implementación de la Convención Ramsar y parte signataria de numerosos acuerdos y convenios en el ámbito nacional referidos a la conservación de los recursos ícticos y la biodiversidad acuática.

Sus funciones principales son: asesorar en la aplicación de convenios, acuerdos nacionales e internacionales, proponer proyectos, programas de investigación, conservación y uso sustentable, aplicar nuevas tecnologías relativas a la temática, el diseño y ejecución de actividades de capacitación y mantener actualizado el inventario de humedales a nivel nacional (84).

2. En 2016 se estableció que la Dirección de Gestión Ambiental de Recursos Hídricos y Acuáticos, tiene entre sus acciones: la “protección, preservación, recuperación, utilización racional y gestión ambiental de las aguas, los ecosistemas y el medio social asociados, y la

biodiversidad acuática”, e “impulsar actividades referidas a la identificación, investigación, conservación, restauración ecológica y uso sustentable de los humedales”, “especialmente, a través del mantenimiento y la actualización periódica del inventario de los recursos acuáticos continentales y marinos a nivel nacional” (res. MAyDS 331/2016) (85).

3. Se modifica nuevamente la estructura organizativa (ídem), estableciendo que la Dirección Nacional de Gestión Ambiental del Agua y de los Ecosistemas Acuáticos (DNGAAyEA) tiene por responsabilidad primaria “asistir al secretario en la formulación e implementación de la política ambiental para el conocimiento, conservación y uso sustentable del agua y los ecosistemas acuáticos” y entre sus acciones se encuentra la de “fomentar la identificación, conservación y uso sustentable de los humedales, y monitorear el manejo de los sitios que integran la lista de humedales de importancia internacional, en coordinación con las jurisdicciones correspondientes, según lo establecido por las leyes 23.919 y 25.335” (dec. PEN 174/2018 y la DA Jefatura de Gabinete de Ministros 311/2018) (86).

4. Finalmente se crea el cargo de secretario de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable (dec. PEN 802/2018) (ver Anexo I) (87).

En síntesis, la SGAyDS es la responsable de implementar y hacer cumplir la Convención, a través de la DNGAAyEA y el GTRA conforme a las funciones establecidas en la res. SAyDS 950/2004 (88). También la SAyDS a través del GTRA y a pedido de las administraciones locales, ofrece colaboración técnica y participación en diferentes etapas vinculadas a la planificación y monitoreo de humedales.

(85) Res. MAyDS 331/2016, Cita online: TR LALEY: AR/LEGI/8WIT.

(86) <http://www.infoleg.gob.ar/> (11/06/2019).

(87) Dec. 802/2018, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/9MAF.

(88) Informe AGN aprobado por res. 90/2019 (11/06/2019). Res. MSyA 950/2004, en <https://www.agn.gov.ar> (11/06/2019).

(81) Dec. 802/2018, cita online: AR/LEGI/9MAF.

(82) Informe AGN aprobado por res. 90/2019, en <https://www.agn.gov.ar/> (11/06/2019).

(83) *Ibid.*

(84) *Ibid.*

II.2.h. Administración de Parques Nacionales, ley 22.351

Las áreas naturales protegidas (AP) están bajo la órbita de la Administración de Parques Nacionales (APN). La ley 22.351 (89) regula el funcionamiento y creación de los parques nacionales, monumento natural o reservas nacionales, los cuales se declaran por su belleza o riqueza en flora y fauna autóctona o por su interés científico (art. 1º), correspondiendo al dominio público nacional (art. 2º).

La APN tiene como objetivos diseñar, conducir y controlar la ejecución de las políticas necesarias para conservar y manejar las áreas protegidas existentes y las que eventualmente se incorporen, con el objeto de asegurar el mantenimiento de su integridad y sus particulares características fisiográficas, sus asociaciones bióticas, sus recursos naturales y la calidad ambiental de los asentamientos humanos; a su vez, promueve la creación de nuevas áreas en el marco de la Red Nacional de Áreas Protegidas (ídem).

La APN tiene a su cargo áreas protegidas y especies biológicas de acuerdo con su categoría de manejo: parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas naturales y áreas protegidas que han sido declaradas sitios Ramsar (ocho sitios) (90).

La APN solo debe aplicar la Convención, ejecutando las acciones necesarias para el cuidado y la conservación de los humedales existentes en el territorio que administra.

Considerando el marco normativo ambiental nacional descripto, podemos decir que, en el orden nacional, no existe aún, una ley específica para los humedales, aunque si normativa ambiental general de base, que dispone la protección del ambiente y su uso racional, no obstante ello, esto no alcanza.

II.3. Coordinación entre Nación, provincias y APN

El régimen federal de la Argentina y la distribución de competencias de la Constitución

(89) Ley 22.351 de Parques Nacionales, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/1Y7L.

(90) Informe AGN aprobado por res. 90/2019, en [https://www.agn.gov.ar/\(11/06/2019\)](https://www.agn.gov.ar/(11/06/2019)).

Nacional —arts. 41 y 124—, hacen necesaria la coordinación de acciones de las diferentes jurisdicciones para la gestión y conservación de los humedales y la aplicación de la Convención (91).

La Nación no puede establecer un régimen ambiental completo, debe limitarse al establecimiento de mínimos ambientales que las provincias complementarán de acuerdo con sus necesidades. La gestión pública ambiental es compartida entonces por el Estado nacional, las provincias y los municipios (92).

En materia de coordinación por la jurisdicción propia de algunos humedales la gestión la posee APN o las jurisdicciones locales.

Este mandato constitucional, genera en la SGAYDS el deber de coordinar acciones con las diferentes jurisdicciones, a fin de implementar la aplicación de la Convención. Tal coordinación debe lograrse con las autoridades encargadas de administrar y gestionar sus territorios, sean estos humedales sitios Ramsar o no, y pertenezcan a las provincias o a la Administración de Parques Nacionales (APN) y/o a ambos.

En consecuencia, las principales obligaciones de la Convención como objetivos y metas a cumplir deben implementarse a través de los organismos involucrados, que son la SGAYDS, la APN y las provincias.

Cabe destacar que en 1998 el GTRA, creó el Foro sobre Humedales de la Argentina, el cual buscaba facilitar el intercambio de información, experiencias, consultas y novedades relativas a la conservación y uso sustentable de los humedales de la Argentina.

II.3.a. COFEMA

Existen otros mecanismos institucionales que brindan un marco a la relación entre las provincias y entre estas con la Nación. Por ejemplo, el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) constituyendo el foro para la concertación y elaboración de una política ambiental coordinada

(91) *Ibid.*

(92) Res. MAyDS E 151/2017, anexo II, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/957H.

entre sus miembros (las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Nación a través de la Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable) **(93)**.

Según la LGA **(94)** —arts. 9º, 10 y 23— y el Sistema Federal Ambiental, el COFEMA tiene competencias de coordinación para el logro de un ordenamiento ambiental del territorio Nacional, generándose mediante la coordinación interjurisdiccional entre los municipios y las provincias, y de estas y la ciudad de Buenos Aires con la Nación **(95)**.

El proceso de ordenamiento ambiental, tomará en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, a fin de asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y promover la participación social, en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable (ídem).

II.3.b. COHIFE

Otro mecanismo institucional para la cooperación interjurisdiccional en Argentina, cuando se comparte un mismo recurso o ecosistema, es el Consejo Hídrico Federal (COHIFE) integrado por las autoridades hídricas del Estado Nacional y los Estados Provinciales, incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires **(96)**.

Actúa a petición de partes, como autoridad hídrica nacional cumpliendo el rol de facilitador y amigable componedor. Funciona como un foro de articulación de las políticas de aguas del país, velando por la vigencia y el cumplimiento de los Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina y las atribuciones conte-

(93) *Ibid.*

(94) LGA 25.675, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/3C0K.

(95) Informe AGN aprobado por res. 90/2019, en <https://www.agn.gov.ar/>.

(96) DI PAOLA - DI PANGRACIO - BLANCO - VIDAL - SOSA, ob. cit.

nidas en su carta orgánica. Existen seis grupos regionales. La creación de comités de cuenca es uno de sus principios rectores **(97)**.

A fin de institucionalizar la cuenca como una unidad de gestión, se promueve la formación de organizaciones de cuenca abocadas a la gestión coordinada y participativa de los recursos hídricos dentro de los límites de la cuenca. Organizan el uso del agua y vinculan las organizaciones de usuarios con la autoridad hídrica. Generan una instancia de discusión, concertación, coordinación y cogestión de los usuarios del agua y son una instancia conciliatoria en los conflictos que pudieran emerger (ídem).

Para el caso de cuencas hidrográficas de carácter interjurisdiccional conforman organizaciones interjurisdiccionales de cuenca para consensuar la distribución, el manejo coordinado y la protección de las aguas compartidas (ídem).

II.3.c. Cooperación interjurisdiccional en espacios naturales compartidos

Los ecosistemas desconocen los límites políticos artificiales creados por el hombre y ecológicamente se comportan como unidades indivisibles. La cooperación ambiental alcanza su máxima expresión cuando las jurisdicciones involucradas asumen el desafío de gestionar conjuntamente el sitio que comparten, más allá de sus límites políticos (ídem).

II.3.c.i. La cooperación según la Convención Ramsar

Continuando en el ámbito internacional y específicamente sobre humedales, vale la pena resaltar lo previsto en la Convención Ramsar en materia de cooperación.

La coordinación entre jurisdicciones que comparten cuencas y humedales resulta clave para alcanzar los objetivos de la Convención **(98)**.

(97) *Ibid.*

(98) Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, firmada en Ramsar, ley 23.919, art. 5º, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/4INT.

Su art. 5º, parte del principio que la acción individual de las partes puede ser insuficiente para la conservación y manejo de humedales debido a que muchos de ellos atraviesan los límites políticos, muchas de las especies que los habitan son migratorias y el manejo de los humedales requiere a menudo intercambio de experiencias entre vecinos (99).

A nivel de Estados Partes es extrapolable a la realidad interna de los países, debiendo trabajar por un accionar conjunto a fin de asegurar la conservación y uso sustentable de los humedales interjurisdiccionales (idem).

Algunos Manuales señalan la cooperación en humedales compartidos la cual abarca acuerdos formales de cogestión o la colaboración en la elaboración y ejecución de un plan de gestión del sitio. La gestión a escala de cuencas requerirá una coordinación jurisdiccional e institucional entre las dependencias funcionales (ministerios sectoriales de ordenación de los recursos hídricos, agricultura, industria, minería etc.) y las dependencias territoriales (autoridades regionales y locales) (idem).

Las PC de Ramsar designan sus sitios Ramsar nuevos y existentes como SRT, lo que implica que un humedal ecológicamente cohesivo se extiende a través de fronteras nacionales y las autoridades del sitio Ramsar de ambos o todos los lados de la frontera han acordado oficialmente colaborar en su manejo, y han notificado a la Secretaría tal decisión. Se trata estrictamente de un acuerdo cooperativo de manejo y no una condición jurídica diferente para los sitios Ramsar concernidos (100).

Para denominar a un sitio Ramsar como SRT, los sitios acuerdan coordinar actividades de planificación, investigación y monitoreo, comparten información básica para comprender la dinámica social y ecológica que afecta a los humedales y definen conjuntamente las prioridades para un manejo coherente sobre ambos lados del límite internacional. Es posible lograr la cooperación entre las naciones involucradas ya sea a través de acuerdos formales o a nivel de

proyectos, pudiendo decantar en acuerdos escritos para el trabajo conjunto (idem).

II.3.c.ii. La cooperación en la normativa nacional y provincial

La LGA pregona por un uso equitativo y racional de los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos (principio de cooperación) (101). Asimismo, indica que la Nación y los Estados provinciales son responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos (principio de solidaridad) (102).

Destaca dos aspectos relevantes para la cooperación ambiental. Los objetivos ambientales fijados por los actores intervinientes deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal facilitando la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos (principio de progresividad) (idem).

Lo señalado no obsta a que frente a proyectos o actividades que pueden llegar a tener un impacto negativo sobre el ambiente, las autoridades competentes actúen en forma preventiva o precautoria. En el primer caso es cuando se está ante la certeza que la actividad o proyecto en cuestión tendrá un impacto negativo sobre el medio ambiente (principio preventivo) (103), en el segundo, la falta de certeza científica sobre dicho impacto no constituirá excusa para no adoptar las medidas necesarias para evitar la degradación del ambiente (principio precautorio) (104).

(101) LGA 25.675, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/3C0K.

(102) DI PAOLA - DI PANGRACIO - BLANCO - VIDAL - SOSA, ob. cit.

(103) LGA 25.675, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/3C0K.

(104) DI PAOLA - DI PANGRACIO - BLANCO - VIDAL - SOSA, ob. cit.

(99) DI PAOLA - DI PANGRACIO - BLANCO - VIDAL - SOSA, ob. cit.

(100) *Ibid.*

La ley 22.351 de Parques Nacionales (**105**) no establece criterios, modalidades o atribuciones para una interacción o colaboración de la APN con otros órganos provinciales, más allá de la posibilidad de firmar convenios.

En relación con la cooperación interprovincial y/o regional en la normativa provincial es escasa, con lo cual en dicho nivel se carece de suficientes previsiones que pregonen un accionar conjunto y coordinado entre provincias (*idem*).

En el COFEMA la interacción, la cooperación y el accionar coordinado son asuntos medulares, por lo tanto, los pregonan constantemente a fin de cumplir con sus objetivos institucionales. En este sentido, el art. 2º de su acta constitutiva dispone “coordinar estrategias y programas de gestiones regionales y nacionales en el medio ambiente, propiciando políticas de concertación como modo permanente de accionar” (*idem*).

II.4. Información, difusión y educación ambiental. Participación ciudadana

La educación ambiental es una herramienta clave para viabilizar la conservación, es un proceso permanente de participación y reflexión conjunta sobre el ambiente, sus recursos y las diversas formas de relacionarse las sociedades con ellos, tendiente a generar cambios que resulten en una sostenibilidad ambiental a largo plazo y donde las comunidades transcurren su vida cotidiana. Comprende un intercambio de saberes y entendimientos.

Dentro de ese proceso, aparecen instrumentos como la interpretación ambiental, cuyo objetivo es informar, entretener, interesar y educar a fin de conseguir apoyo en el tipo de gestión a aplicarse. Es decir, es un elemento de gestión, que influye en la conducta de las personas, buscando su apoyo dentro y fuera de las áreas estén estas protegidas o no.

En este marco, la interpretación ambiental es una actividad que traduce el lenguaje de la naturaleza al común de las personas, a través de

técnicas especiales de comunicación (ejemplo el uso de carteles).

Por ello, a fin de lograr una mayor integración de las áreas con las comunidades aledañas, mediante un rol participativo, se deben realizar actividades estimuladoras en las comunidades a fin poder involucrarlas con su conservación, revalorización de las culturas regionales y la mejora en forma de desarrollo (tareas agrícolas, forestales, artesanías, etc.) para mitigar o reducir las presiones negativas externas.

Otra herramienta clave son los programas de educación ambiental a desarrollarse en el ámbito educativo.

Internacionalmente, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 destacó en el principio 19: “Es indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales, dirigida tanto a las generaciones jóvenes como a los adultos (...) inspirada en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio en toda su dimensión humana. Es también esencial que los medios de comunicación difundan (...) información de carácter educativo sobre la necesidad de protegerlo y mejorarlo, a fin de que el hombre pueda desarrollarse en todos los aspectos” (**106**).

Por su parte, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 el principio 10 dispone: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. (...) toda persona debe tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas... así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población

(106) Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972. Principios 10, 19, 20 y 22, en <https://www.dipublico.org/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf> (15/06/2019).

(105) Ley 22.351, Cita online: TR LALEYAR/LEGI/1Y7L.

poniendo la información a disposición de todos” (107).

En igual sentido se estipuló: “Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente (...) es por tanto, imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible”. A su vez, dispuso que “Las poblaciones indígenas y sus comunidades (...) desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente (...). Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible” principio 20 y 22, respectivamente (ídem).

En el ámbito nacional, la LGA establece como instrumentos de política y gestión ambiental, a la educación ambiental y al sistema de diagnóstico e información ambiental (108).

En relación con la “educación ambiental” determina que, constituye una herramienta básica para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes acordes con un ambiente equilibrado, tendiente a preservar los recursos naturales y una utilización sostenible, a fin de mejorar la calidad de vida de la población (ídem).

También menciona el deber de constituir un proceso continuo, permanente y actualizado orientado mediante diversas disciplinas y experiencias educativas, a facilitar la percepción integral del ambiente y el desarrollo de una conciencia ambiental. Es esencial por parte de las autoridades competentes coordinar la implementación de planes y programas en los sistemas de educación formal y no formal (ídem).

En relación con la “información ambiental” la ley menciona que corresponde a todas las per-

(107) Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/buscador/search/printInstrumento/66> (18/06/2019).

(108) LGA 25.675 (arts. 8º, 14, 15), Cita online: TR LALEY AR/LEGI/3C0K.

sonas (físicas, jurídicas, públicas o privadas) el deber de proporcionar información relacionada con la calidad ambiental y la referida a las actividades desarrolladas. En igual sentido, las autoridades son responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos provocados por las acciones antrópicas actuales y las proyectadas (109).

La ley contempla la “Participación ciudadana”, derecho que posee toda persona a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos relacionados con la preservación y protección del ambiente. Para eso las autoridades deben institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos nocivos y significativos sobre el ambiente (110).

Tal participación debe asegurarse, principalmente en procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental y cuando se evalúen planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio. La opinión u objeción de quienes participan no resulta vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de opinión contraria a los resultados alcanzados, la decisión adoptada debe fundamentarse y ser pública (ídem).

II.5. Caso testigo. Trabajo de campo

II.5.a. Sitio Ramsar Parque Nacional Ciervo de los Pantanos (PNCP). Informe AGN aprobado por res. 90/2019 (11/06/2019), anexo VI (ver Actuación AGN 643/2018)

La Reserva Natural Otamendi está ubicada en el partido de Campana, Provincia de Buenos Aires (Argentina), a 65 km de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (111) (ver mapa 1).

(109) LGA 25.675 (arts. 16 y 18), Cita online: TR LALEY AR/LEGI/3C0K.

(110) LGA 25.675 (arts. 19, 20 y 21), Cita online: TR LALEY AR/LEGI/3C0K.

(111) Informe AGN aprobado por res. 90/2019 (11/06/2019), anexo VI, en <https://www.agn.gov.ar/> (20/06/2019).

Mapa 1: Ubicación Parque Nacional Ciervo de los Pantanos



Fuente: <https://www.parquesnacionales.gob.ar/areas-protegidas/region-centro-este/ciervo-de-los-pantanos/>

Se creó el 10 de octubre de 1990 por dec. 2149/1990, como Reserva Natural Estricta **(112)**, formando parte del Sistema de Áreas Protegidas Nacionales de la República Argentina bajo la tutela de la Administración de Parques Nacionales (APN). En 1994 por dec. 453/1994 algunos sectores fueron categorizados como Reserva Natural Educativa y Silvestre.

Luego el 10 de octubre de 2018 por ley 27.456 cambia de categoría convirtiéndose en Parque Nacional “Ciervo de los Pantanos” formado por cuatro espacios: reserva zona río Luján, reserva zona colinas de Otamendi, reserva zona Paraná de las Palmas y reserva zona islas Campana. La superficie total del PNCP asciende a 5.300 has (ídem).

Aspectos a destacar de la *verificación in situ*, realizada el 17/10/2018. Nos recibió el intendente del Parque, el técnico en Conservación, Educación ambiental y Uso Público y el guardaparques de apoyo.

El PNCP cuenta con la particularidad de ser un área protegida en pleno ejido urbano, a poca distancia de la ciudad más grande del país y rodeada por barrios cerrados y parques industriales generadores de gran carga contaminante; todos esos factores hacen que se trate de una reserva con características excepcionales **(113)**.

Durante la entrevista el intendente como objetivo de su gestión expresó “poner la impronta en la protección de los humedales a través de la articulación de acciones con los municipios que rodean

(112) Reserva natural estricta: Áreas del dominio de la Nación de gran valor biológico representativas de los distintos ecosistemas del país o que contienen importantes poblaciones de especies animales o vegetales autóctonas, en <https://www.parquesnacionales.gob.ar/areas-protegidas/> (20/06/2019).

(113) Informe AGN aprobado por res. 90/2019 (11/06/2019), anexo VI, en <https://www.agn.gov.ar/> (20/06/2019).

al área protegida y con el INTA Delta”. A modo de ejemplo mencionó la prueba piloto de inventario de humedales realizada con los intendentes de Escobar, Campana y Pilar; existiendo la intención de formalizar un Corredor que integre esas jurisdicciones (ídem).

El sitio posee un programa de aulas abiertas llamado “Custodios del territorio”, dedicado a desarrollar actividades vinculadas con el uso público y la educación ambiental dentro del parque (ídem).

Durante el recorrido del PNCP se observó el área ofrecida a los visitantes con las siguientes instalaciones y servicios: estacionamiento, folletería y entrega de material, sanitarios, salón de usos múltiples, centro interpretativo para el público, área de picnic y descanso, dos miradores y diferentes senderos (senderos “Historia del pastizal”, “Guardianes de la barranca”, “Vivero de árboles nativos” y “Laguna Grande”) (ídem).

Junto a dos guardaparques concurrimos a los tres sectores del área protegida: reservas educativa, silvestre y estricta. Caminamos por los senderos “Historias del pastizal”, “Recuperando lo nuestro” y “Guardianes de la barranca” (ídem).

Principales amenazas (114) del PNCP:

- Gran volumen de residuos industriales debido a la proximidad con el Parque Industrial Campana.
- Presencia de basurales a cielo abierto por limitar con la ciudad de Otamendi y no contar con cerco perimetral.
- Basura que baja por el arroyo Otamendi (ver foto 1) (115).

Foto 1: Basura proveniente del Arroyo Otamendi



Fuente: Registro fotográfico del equipo de auditoría.

- Vías del Ferrocarril Mitre impacto por atropellamiento de fauna (116).

(114) *Ibid.*

(115) Informe AGN aprobado por res. 90/2019 (11/06/2019), anexo VI, p. 73. Ver actuación AGN 643/2018, cap. 4, zona 1 y 2, pto. 01, en <https://www.agn.gov.ar/> (23/06/2019).

(116) *Ibid.*, cap. 4, zona 2, pto. 06.

- Intrusión de ganado, especialmente en el área que pertenecía a la Reserva Natural Luján **(117)**.
- Invasión de especies leñosas exóticas (ver foto 2).

Foto 2: Especie leñosa exótica



Fuente: Registro fotográfico del equipo de auditoría.

- Aumento exponencial de la cantidad de visitantes a partir del cambio de categoría del PNO.
- Incendios forestales recurrentes por cercanía a explotaciones forestales privadas **(118)**.
- Camino Islas Malvinas de acceso al sector isleño: Une a la Ciudad de Otamendi con la costa del Río Paraná y constituye una gran amenaza al ser una zona de gran inseguridad, donde se producen frecuentes quemas de automotores **(119)**.
- Incremento de pobladores realizando actividades comerciales sobre el río en condiciones precarias (proveedurías, venta de elementos de pesca, etc.) **(120)**.
- Contaminación sonora ocasionada por la práctica de motocross y el paso de vehículos desde y hasta el sector isleño **(121)**.

De las opciones para uso público del PNCP, el sendero que llega hasta la Laguna Grande es uno de los más atractivos al ser representativo de los diferentes ambientes coexistente en el área protegida; sin embargo, dicho sendero está cerrado desde julio del corriente año **(122)**.

(117) *Ibid.*, cap. 4, zona 3, pto. 07 y pto. 08.

(118) *Ibid.*, cap. 4, zona 3, pto. 09.

(119) *Ibid.*, cap. 4, zona 1, pto. 03.

(120) *Ibid.*, cap. 4, zona 3, pto. 05.

(121) *Ibid.*, cap. 4, zona 1, pto. 02.

(122) Informe AGN aprobado por res. 90/2019 (11/06/2019), anexo VI, en <https://www.agn.gov.ar> (23/06/2019).

Se verificó la existencia del siguiente problema **(123)**: El parque está atravesado por las vías del Ferrocarril Mitre ramal Buenos Aires - Rosario, constituyendo una de las principales amenazas para el tránsito de visitantes debido al paso del tren debido implica para los sectores donde hay tránsito de visitantes (ídem).

Se intentó resolver la situación por medio del montaje de una pasarela debajo de las vías del tren junto al arroyo Otamendi para evitar la llegada de los visitantes a la laguna sin cruzar las vías (no hay paso a nivel), pero la obra creó otro problema (ver fotos 3 y 4).

Foto 3: Pasarela ubicada debajo de las vías del tren junto al Arroyo Otamendi

Foto 4: Continuación de pasarela y Arroyo Otamendi



Fuente: Registro fotográfico del equipo de auditoría.

La pasarela, instalada en el 2000, funciona como dique artificial modificando el cauce natural del arroyo, generando la acumulación de los residuos que bajan por el arroyo; en épocas de tormenta debido al gran volumen de basura el paso peatonal por la pasarela ubicada debajo del puente se torna intransitable **(124)**.

En relación con esta problemática **(125)** y a partir de un pedido de la Municipalidad de Campana, mediante la disposición 99/17 suscripta por el intendente de la RNO el 20/09/2017 se instrumentó el proyecto “Mejoramiento hidráulico - Barrio Colinas de Otamendi”. Este consiste en la limpieza de un segmento del arroyo Otamendi de 800 metros lineales coincidentes con el ingreso del arroyo al PNCP e intersección con las vías del tren. El arroyo atraviesa parte del barrio homónimo ingresando, fluyendo y desembocando luego en el humedal que protege la reserva natural (ídem).

La solicitud municipal constituye una tarea necesaria para evitar posibles inundaciones de la zona urbana del barrio. La limpieza consiste en la extracción de basura, árboles, barro y otros elementos arrastrados por el agua. El personal del PNCP acreditó un impacto mínimo para estas labores. No obstante, a la fecha de la visita, las obras no se habían iniciado (ídem).

El PNCP ha entregado al equipo de auditoría, documentación exponiendo la realización de algunas acciones tendientes a mejorar el problema, entre ellas está el Informe referido a la campaña final de donación y colocación de recipientes a los vecinos de la calle Martínez año 2016; se confec-

(123) Informe AGN aprobado por res. 90/19 (11/06/2019), anexo VI, p. 74. Ver actuación AGN 643/2018, cap. 4, zona 2, pto. 06, en: <https://www.agn.gov.ar> (23/06/2019).

(124) *Ibid.*, cap. 4, zonas 1 y 2, pto. 01.

(125) Informe AGN aprobado por res. 90/2019 (11/06/2019), anexo VI, en <https://www.agn.gov.ar/> (23/06/2019).

cionó un folleto describiendo: ¿qué se puede hacer? y ¿cuáles son las consecuencias en el barrio si el arroyo y el parque se llenan de residuos? Asimismo, efectuaron campañas de comunicación vecinal y capacitación, jornadas de colocación de cestos y limpieza, educación, determinándose un contacto para realizar reclamos y denuncias (ídem).

Desde la modificación de la categoría de la Reserva Natural Otamendi a Parque Nacional (10/10/2018) se incorporaron 1.000 has de superficie, pertenecientes a la Reserva Natural Río Luján contigua de la cual, no se hizo ningún relevamiento del nuevo territorio, no existiendo una caracterización de su flora y fauna. Tampoco pueden determinar la capacidad de carga del parque (126).

De las 5.300 has totales (4.300 has preexistentes más 1.000 has nuevas) conforman el área protegida, el 90% está compuesto por zonas bajas e inundables (ídem).

La reserva es un área de importancia para la conservación de las aves y significativos pastizales, siendo declarada sitio Ramsar, el 22 de marzo de 2008 (ver fotos 5, 6 y 7); no obstante, por las problemáticas descritas anteriormente, el acceso al humedal hoy está limitado (ídem).

Fotos 5 y 6: Humedal (Sitio Ramsar) perteneciente al PNCP

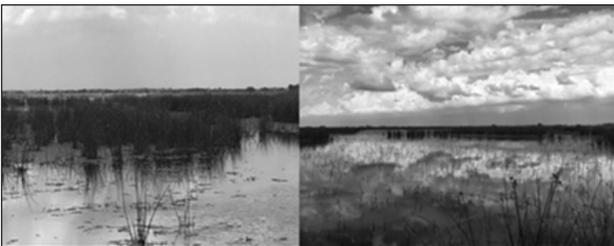


Foto 7: PNCP y Humedal visto de pasarela sendero alto



Fuente: Registro fotográfico del equipo de auditoría.

El intendente informó que, a partir del reciente cambio de categoría, la cantidad de visitantes se cuadruplicó con respecto a los valores de visitas promedio de los últimos años. Ese fenómeno se constituye en una nueva amenaza para el manejo del área (ídem).

Otro problema está dado por la cercanía a la hidrovía del río Paraná y la circulación de grandes buques, los refulados generados e invasiones de especies exóticas surgidas de la modificación morfológica de las costas (127).

Dada la particularidad del PNCP respecto de su ubicación rodeada de zonas urbanizadas, en ese contexto de diferentes problemáticas sociales de gran complejidad surge otra situación a lidiar por el Parque: los asentamientos en los límites del río Luján y dentro de la estación de tren (ex Estación Otamendi) (ídem).

Ninguno de los casos aplica para ser enmarcado dentro del PPOP (permiso precario de ocupación y pastaje), por lo tanto, se elevaron las denuncias a los diferentes municipios para la apertura de los legajos correspondientes y el asunto avanza por vía administrativa; el intendente manifestó la intención de “no desalojar a los ocupantes” (ídem).

(126) *Ibid.*

(127) *Ibid.*, anexo VI.

En términos de conservación, se llevan a cabo tanto acciones de control de especies exóticas de flora (gran presencia de mora y ligustro) y fauna, como acciones de prevención para evitar la aparición de especies indeseadas como la ardilla (ídem).

Al recorrer el parque, se observaron diferentes especies nativas de flora y su interacción con las exóticas. Dada la inferioridad competitiva de las oriundas, si no se controlaran las exóticas, las otras tenderían a desaparecer. Con respecto a la fauna, los guardaparques explicaron que PNCP dentro de su superficie alberga más del 70% del total de especies de aves representativas de toda la región pampeana (ídem).

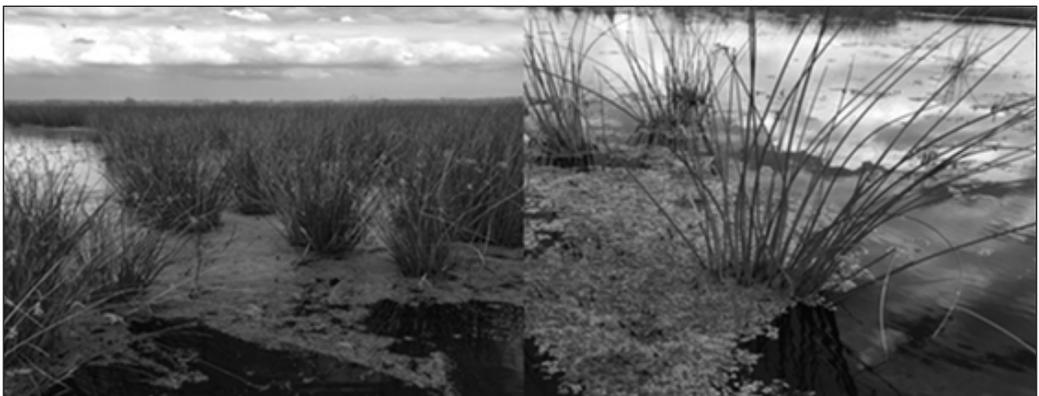
Se destaca la aparición en los últimos años de rastros de ciervo de los pantanos, especie vulnerable de cérvido. Las causas de su presencia se suponen relacionadas con el cambio climático y la mayor recurrencia de inundaciones, hechos que fueron reduciendo el hábitat donde históricamente vivía la especie (ídem).

Con respecto al monitoreo de la calidad del agua, el encargado del Programa Conservación y Uso Sustentable de Recursos Naturales y Culturales entregó al equipo de auditoría tres informes de laboratorio (análisis físico, químico y bacteriológico) de muestras de agua obtenidas en distintos puntos del arroyo y producidos por la Subdirección de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Municipalidad de Campana. Si bien el objetivo era monitorear periódicamente la calidad del agua, por limitaciones presupuestarias solo se pudo analizar algunos parámetros de forma gratuita en el Municipio de Campana **(128)**; no obstante, lo expuesto, los resultados de esos informes nunca fueron obtenidos.

El río Luján es el tercero más contaminado del país luego del Riachuelo y del Reconquista (ídem).

El presente caso testigo demuestra que un humedal (ver fotos 8 y 9), aun siendo sitio Ramsar, no ha podido ser protegido, siendo necesario por parte de la Nación como autoridad de implementación de la Convención adoptar políticas públicas ambientales, en el ámbito local y a nivel nacional, a fin de conservar y proteger a los humedales, mediante el dictado de una ley de presupuestos mínimos (ídem).

Fotos 8 y 9: Humedal visto desde pasarela lindante



Fuente: Registro fotográfico del equipo de auditoría.

(128) *Ibid.*

La LGA, así lo entiende al establecer al presupuesto mínimo, como “a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional”, teniendo “por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental” (129).

A su vez, establece que “en su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable” (ídem).

Esta potestad, la tienen conforme a lo establecido en el art. 41 de la CN cuando establece: “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales” (130).

II.6. Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación

La Corte Suprema de la Justicia de la Nación, el 11/07/2019, en la causa “Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo Gral. Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental” (131) impuso nuevos principios de protección ambiental y “dejó sin efecto una sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, que había rechazado una acción de amparo interpuesta por un vecino de Gualeguaychú con el objeto de que cesen las obras y se reparen los perjuicios ambientales producidos por la construcción de un proyecto inmobiliario en la ribera del río” (132).

(129) LGA 25.675, Cita online: TR LALEY: AR/LEGI/3COK.

(130) CN, art. 41, Cita online: TR LALEYAR/LCON/06YX.

(131) CS, 11/07/2019, “Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/acción de amparo ambiental”, CSJ 714/2016/RH1, Cita online: TR LALEYAR/JUR/22384/2019, en <http://sjconsulta.csn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7535693&cache=1567286872361> (20/07/2019).

(132) <https://www.infobae.com/politica/2019/07/11/la-corte-suprema-impuso-nuevos-principios-de-proteccion-ambiental/> (20/07/2019).

De acuerdo con la Justicia provincial, la Municipalidad de Gualeguaychú había realizado una denuncia en sede administrativa con anterioridad a la interposición de la acción de amparo, con lo cual se consideró que se trató de reclamos similares. Entendió que el conflicto debía resolverse en sede administrativa y resaltó que el gobernador de la provincia de Entre Ríos había suspendido las obras mediante el dec. 258/2015 (ídem).

Pero “el máximo tribunal destacó que el objeto de la acción de amparo era más amplio que el reclamo de la Municipalidad de Gualeguaychú y que constaba en la causa que se había producido una alteración negativa del ambiente —aun antes de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental—. Destacó la importancia del cuidado de las cuencas hídricas y los sistemas de humedales” (133).

“La empresa demandada, 'Altos de Unzué SA', emprendedor inmobiliario, con antelación a la declaración de impacto ambiental, realizó trabajos de magnitud en el predio, como movimientos de suelo, constatados por la Secretaría de Ambiente de la Provincia. En este contexto, la dirección de Hidráulica provincial compartió un informe técnico del cual surge que existe una afectación en el valle de inundación (humedal). Ello a pesar de que el estudio de impacto ambiental que presentó de manera posterior indicó la existencia de una 'Reserva de los Pájaros y sus Pueblos Libres', según la ley provincial 9718, que a su vez declara 'área natural protegida a los humedales' del departamento de Gualeguaychú. Así se desprende que el proyecto se realizará sobre una zona de humedales, con impactos permanentes e irreversibles” (ídem).

“El Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos rechazó la demanda por cuestiones formales, sosteniendo que la existencia de un proceso administrativo previo (por un reclamo iniciado por la Municipalidad de Gualeguaychú), pendiente de resolución, llevaban a desestimar la idoneidad del amparo en el caso” (ídem).

(133) <https://www.infobae.com/politica/2019/07/11/la-corte-suprema-impuso-nuevos-principios-de-proteccion-ambiental/> (20/07/2019).

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto, revocó el fallo del tribunal superior de justicia de Entre Ríos por considerar arbitraria la sentencia recurrida, por incurrir en una apreciación meramente ritual e insuficiente, omitir considerar el derecho a vivir en un ambiente sano, y que el Estado garantiza la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, prevención, utilización racional, de equidad intergeneracional, progresividad y responsabilidad” (ídem).

“En particular, planteó la Corte, no tuvo en cuenta que la provincia tiene a su cargo la gestión y uso sustentable de las cuencas hídricas y los sistemas de humedales. Que la cuenca hídrica es una unidad, y un sistema integral. Que los humedales cumplen una función vital en materia de control de crecidas e inundaciones, protección de tormentas, recargas de acuíferos y retención de sedimentos y agentes contaminantes; destacó, además, que los humedales cubren solo el 2,6% de la tierra, registrándose actualmente una pérdida global de los mismos debido a la actividad antrópica del 54%” (134).

“La Corte destaca que en el caso, resulta de aplicación no solo los principios de política ambiental referidos, sino también en especial el principio precautorio que tiene jerarquía constitucional en Entre Ríos, y dos principios novedosos de la especialidad: el 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 el principio *in dubio pro aqua* (ídem), el cual se refiere al caso de “incerteza, establece que las controversias ambientales y del agua deberán ser resueltas en los tribunales y las leyes interpretadas de manera más favorables a la protección y preservación de los recursos agua y ecosistemas conexos” (135).

(134) <https://www.infobae.com/politica/2019/07/11/la-corte-suprema-impuso-nuevos-principios-de-proteccion-ambiental/> (20/07/2019).

(135) CSJ 714/2016/RH1, "Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/acción de amparo ambiental" (11/07/2019), Cita online: TR LALEYAR/JUR/22384/2019, en <http://sjconsulta.csn.gov.ar/>

En consecuencia, lo resuelto por el superior tribunal de la provincia afecta de modo directo el derecho del debido proceso adjetivo (art. 18, CN), ya que la vía del amparo era la correcta, razón por la cual se hace lugar a la queja y se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada (ídem).

III. Conclusiones

III.1. Principales puntos a destacar

Finalmente, luego del análisis, investigación y tareas de campo realizadas, podemos mencionar:

- Existen humedales de diferentes características ecológicas a lo largo de todo el país.
- Constituyen uno de los entornos más productivos del mundo. Albergan gran biodiversidad.
- Son fuentes de agua dulce y de productividad primaria dependiendo innumerables especies para subsistir.
- Son vitales para la supervivencia humana.
- La vulnerabilidad de la vida depende cada día del resguardo de ecosistemas como los humedales.
- La ausencia de su protección beneficia a algunos pocos individuos.
- No existe un inventario de humedales.
- La SGAYDS es la responsable de implementar la Convención y de su cumplimiento, a través de la DNGAAyEA y el GTRA.
- La APN y las provincias/municipios, solo deben aplicar la Convención respecto de los humedales existentes en el territorio administrados como sitios Ramsar.
- La gestión pública ambiental es compartida por el Estado nacional, las provincias y los municipios.

sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7535693&cache=1567286872361 (20/07/2019).

— La Nación no puede establecer un régimen ambiental completo, debe limitarse al establecimiento de mínimos ambientales a complementar por las provincias de acuerdo con sus necesidades.

— Los ecosistemas desconocen los límites políticos artificiales creados por el hombre y ecológicamente se comportan como unidades indivisibles.

— La acción individual de las partes puede ser insuficiente para la conservación y manejo de humedales pues muchos de ellos atraviesan los límites políticos.

— Los SRT son ecológicamente cohesivos y se extienden a través de fronteras nacionales.

— La Nación y los Estados provinciales son los responsables de prevenir y mitigar los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de minimizar los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos que comparten (principio de solidaridad).

— La cooperación interprovincial y/o regional en la normativa provincial es escasa.

— La educación ambiental constituye un instrumento básico para generar en todos los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes tendientes a preservar el ambiente.

— La Información ambiental constituye un deber y un derecho que todas las personas tienen.

— La participación ciudadana constituye un derecho que posee toda persona en procedimientos relacionados con la preservación y protección del ambiente.

III.2. Reflexiones personales

Conforme los puntos transcritos y la falta de un inventario de humedales en relación con todo el territorio argentino, no podemos saber cuántos de ellos se están perdiendo, pero está sucediendo. Su pérdida resulta irrefutable y alarmante, sobre todo si esto, lo consideramos dentro de un contexto de cambio climático que nos encontramos atravesado.

Antes la conversión de humedales era para favorecer ciertos servicios de aprovisionamiento (agricultura, ganadería, forestación) a expensas de perder o reducir la oferta de otros servicios de este tipo (por ejemplo, agua). Esto sucedía porque, no se consideraba el valor de los servicios ecosistémicos perdidos al degradar o destruir un humedal, ni tampoco cuales eran los costos de restaurarlo.

La investigación realizada evidencia que, los humedales en buen estado de conservación prestan servicios ecosistémicos esenciales en beneficio de la gente, brindan seguridad alimentaria y agua, refugio para cientos de especies vegetales y animales, constituyendo un recurso natural frente a los daños causados por los desastres naturales. En definitiva, los humedales dan un aporte sustancial a la disminución de la pobreza, la vulnerabilidad ante ella y alcanzar el tan ansiado bienestar social (136).

Los costos de restauración son muy altos y requieren de inversiones a largo plazo, pero los beneficios económicos obtenidos de un humedal restaurado los superan ampliamente.

Si bien los humedales son considerados ecosistemas muy resilientes, su restauración, tarda décadas o siglos y muchas veces adquieren estados alternativos difiriendo de su estado original. En decir, pocos humedales, incluso luego de una reparación, pueden alcanzar los mismos niveles de servicios brindados previamente a la degradación, razón por la cual, los esfuerzos deberían estar enfocados en conservar humedales cuando aún presenten un nivel de integridad ecológico alto.

Quienes deben adoptar decisiones cuentan con suficiente información científica para comprender la necesidad urgente de incorporar medidas adecuadas para conservar los humedales, su biodiversidad y los servicios prestados. En este sentido, la Convención Ramsar insta a las PC a plantear políticas inmediatas con el objetivo de detener e invertir la pérdida y degradación de estos y de sus servicios asociados, por esta razón, resulta inexcusable que el Estado Argentino en uso de sus facultades conforme al art. 41

(136) DI PAOLA - DI PANGRACIO - BLANCO - VIDAL - SOSA, ob. cit.

del CN, proceda al dictado de una Ley de Presupuestos Mínimos para protegerlos.

Así estaríamos ante una tutela ambiental uniforme y común para todo el territorio nacional, pudiendo imponer las condiciones mínimas necesarias para asegurar su cuidado y garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos y su desarrollo sustentable.

Los PM garantizan los derechos ambientales, insertan la variable ambiental en lo económico, son el piso mínimo a respetarse. La ley debe ser pensada globalmente permitiendo un poder de policía local, es decir, la política ser nacional y la administración y el control provincial, existir coordinación con el COFEMA, quizás crear comités, pues la sustentabilidad limita el derecho de dominio en relación con el recurso natural.

A su vez, basándonos en el principio de complementariedad, las provincias, CABA y municipios como atribución constitucional directa deben legislar de manera complementaria, dando base al principio de congruencia y optimización en las fuentes. La congruencia apunta a que el complemento, maximice la protección adecuándose a los principios y normas de la LGA y a una futura Ley de Presupuestos mínimos a dictar por los humedales. Y la optimización implica mejorar la protección de las normas superiores (137).

Para entender si el Gobierno Nacional tiene competencia en el caso concreto para dar presupuestos mínimos de protección ambiental sobre determinado recurso natural, se debe verificar si la norma tiene como fin la protección del entorno, siendo la utilización del recurso un medio para alcanzar el desarrollo sostenible. Solo en este caso se verificará la aplicación del art. 41 de la CN. De lo contrario la competencia sobre la regulación pertenecerá a la provincia, conforme al art. 124 de la CN, el dominio originario de los recursos naturales les pertenece a estas (ídem).

(137) ESAÍN, José A, "La distribución de competencias Nación Provincias en materia ambiental", material clase Competencias de la Especialización en Derecho Ambiental.

La concurrencia complementaria da lugar al principio de exclusividad, que la Nación tiene en dictar leyes de presupuesto mínimo y las provincias en complementarlas (ídem).

Esto implica que las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental obligan a las provincias, por ser el piso, inderogable y supremo que invalida a la norma local que lo contraría. Las normas provinciales y municipales deben adecuar su contenido a los presupuestos mínimos federales, bajo apercibimiento de ser declaradas inconstitucionales (ídem).

En definitiva, los gobiernos autónomos pueden dictar normas para proteger más y no menos que las superiores.

III.3. Conclusiones finales

Sabemos la importancia de conservar, el agua y los humedales, que siempre han desempeñado un papel clave para la vida humana y han sido críticos para el desarrollo y la supervivencia de las comunidades a lo largo de la historia.

Los adelantos tecnológicos pueden dar la impresión de haber suplantado el papel de la naturaleza, pero los desastres ambientales existentes (inundaciones, deslizamientos de tierras y tormentas cuya causa última radica en muchos casos en prácticas no sostenibles de uso de la tierra) demuestran lo contrario. La vida humana depende del mantenimiento de los ecosistemas naturales y los humedales brindan importantes beneficios para la humanidad.

Desempeñan funciones tales como el control de inundaciones, reposición de aguas subterráneas, estabilización de costas, protección contra tormentas, retención y exportación de sedimentos y nutrientes, mitigación del cambio climático, depuración de las aguas y reservorio de biodiversidad, etc. Además, proporcionan recursos naturales de gran importancia para la sociedad.

A fin de conservarlos, su aprovechamiento debe enmarcarse en el uso racional. Esto implica el mantenimiento de sus características ecológicas logrado mediante la ejecución de enfoques por ecosistemas dentro del contexto del desarrollo sostenible.

Los humedales son zonas dinámicas expuestas a la influencia de factores naturales y humanos, por eso para mantener su productividad y diversidad biológica y hacer posible el aprovechamiento de sus recursos por la gente, resulta fundamental lograr un acuerdo entre las distintas partes involucradas: administradores, propietarios, ocupantes y otros interesados directos (138).

Conforme a lo expuesto, y dado que estos recursos son vitales para la supervivencia humana, el medio ambiente y componen uno de los entornos más productivos del mundo, es importante realizar acciones tendientes a su conservación, preservación y/o protección tanto en el plano internacional como nacional a fin de lograr un uso sustentable, ya que, la pérdida de tales recursos sería irremediable.

La COP de Ramsar solicitó a las partes examinar, en el marco de la elaboración de políticas de humedales, la legislación y normas vigentes. A raíz de lo expuesto, resulta necesario tener un marco legal apropiado conteniendo una política pública ambiental tendiente a poner coto a la pérdida y degradación de los humedales (139).

La presente investigación demostró, no obstante, ser el humedal un sitio Ramsar no se ha evitado su degradación, es decir, no existe una protección integral.

Imaginemos: ¿qué pasa con aquellos humedales que no son sitio Ramsar?

Debemos considerar que, el derecho ambiental *prima facie* busca la prevención del daño, producido el perjuicio su recomposición y finalmente de no ser factible lo anterior el resarcimiento mediante una indemnización sustituta, a efectos de resguardar el derecho constitucional de vivir en un ambiente saludable buscando amparar a las generaciones presentes y futuras.

(138) Res. VIII.14 - Nuevos lineamientos para la planificación del manejo de los sitios Ramsar y otros humedales, en https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/key_res_viii_14_s.pdf (03/10/2019).

(139) DI PAOLA - DI PANGRACIO - BLANCO - VIDAL - SOSA, ob. cit.

En consecuencia, y en respuesta al interrogante que llevó a hacer esta investigación; ¿resulta efectiva la protección de los humedales en Argentina conforme a la normativa vigente?; podemos decir que no.

Razón por la cual, el Estado federal, conforme a su competencia, debe dictar a través del Congreso, una ley de presupuestos mínimos que salvaguarde los humedales existentes en todo el territorio de la Nación.

Siglas y abreviaturas

AA: Autoridad Administrativa

APN: Administración de Parques Nacionales

AGN: Auditoría General de la Nación

BMD: Bancos Multilaterales de Desarrollo

COFEMA: Consejo Federal de Medio Ambiente

CONADIBIO: Comisión Nacional Asesora para la Conservación y Utilización Sostenible de la Diversidad Biológica

CDB: Convenio sobre la Diversidad Biológica

CECoP: Programa de comunicación, educación, concienciación y participación

COP: Conferencia de Partes

COHIFE: Consejo Hídrico Federal

DNGAAyEA: Dirección Nacional de Gestión Ambiental del Agua y los Ecosistemas Acuáticos

ENB: Estrategia Nacional sobre la Biodiversidad

FIR: Ficha informativa Ramsar

GTRA: Grupo de Trabajo de Recursos Acuáticos

MREyC: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

LGA: Ley General del Ambiente

ODS: Objetivos de Desarrollo Sustentable

PC: Parte contratante	RNO: Reserva Natural Otamendi
PCIAS: Provincias	SGAyDS: Secretaría de Gobierno y Ambiente y Desarrollo Sustentable
PNCP: Parque Nacional Ciervo de los Pantanos	SCDB: Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica
PM: Presupuesto mínimos	SRT: Sitio Ramsar transfronterizo

Gestión de cuencas endorreicas de la Puna

Carlos Daniel Galli (*)

Valeria A. Lombardo (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Las cuencas endorreicas del noroeste argentino.— III. Herramientas de control y gestión ambiental.— IV. Aplicación en las cuencas endorreicas de la Puna.— V. Marco normativo y antecedentes.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

Este trabajo plantea la posibilidad de mejorar la toma de decisiones sobre el desarrollo de actividades o proyectos en una región determinada, en función de un marco de gestión sistémico, basado en el entorno y relacionado con la dinámica del agua.

Se enfoca en un sistema de cuencas endorreicas (donde el agua solo puede salir por evaporación, o infiltrarse a acuíferos) en un ambiente extremo, como es la Puna (región del noroeste argentino), con disponibilidad de valiosos recursos minerales, paisajes imponentes y muy baja densidad de población, pero de una estrecha vinculación con su entorno.

Se propone el uso de las herramientas de ordenamiento territorial y evaluación ambiental

(*) Ingeniero industrial de la UBA con un MBA y un máster en Finanzas de EUDE; participó en la construcción y la operación de la primera planta de carbonato de litio en Salta; desarrolló proyectos de litio desde su etapa inicial y participó de patentes de procesos; miembro del CACME, donde tiene una publicación; consultor independiente; trabaja en Norlab y es socio de SMG, empresas que trabajan en la Puna argentina.

(**) Abogada (UADE). Escribana (Siglo XXI). cursando la Especialización en Derecho Ambiental (Universidad de Belgrano). Curso Internacional de Posgrado de Evaluación Ambiental Estratégica y Ordenamiento Territorial (Fundabaires). Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad (IDEAS) de la UCASAL. Diplomatura en Gestión Integral Minera (UCASAL). Miembro fundadora de OLADC.

estratégica como complemento a la práctica actual de estudio de impacto ambiental, y dentro del marco normativo de la Nación y las provincias. Específicamente se plantea la gestión integral de recursos hídricos como un marco de OT para las cuencas endorreicas que definen los diferentes sub-sistemas en la Puna.

Creemos que esto ofrece un elemento concreto que puede ayudar al desarrollo de la región, buscando que este siga un camino racional y sensible con su entorno, que tiene que avanzar por lo menos al mismo ritmo que los marcos legales amplios que, de otra manera, muestran grandes inconvenientes (y consumen muchos recursos desde el Estado) para llegar a ser reglamentados e implementados.

Se propone, de esta manera, ir desde lo particular a lo general, tomando como referencia las leyes y normas de presupuestos mínimos que ya existen (como la Ley de Medio Ambiente y la Ley General de Aguas) y tratando de avanzar en la implementación, desde referencias de sistemas definidos con criterios naturales y ambientales (las cuencas, en este caso).

II. Las cuencas endorreicas del noroeste argentino

La Argentina tiene más de 100 cuencas hídricas, destacándose al noroeste del país un sistema de cuencas cerradas, donde el agua solo puede salir por evaporación o por infiltración a aguas subterráneas (acuíferos). Estas cuencas endorreicas se marcan en la figura 1, donde

también puede verse que el sistema consta de más de 25 cuencas endorreicas, dentro de una región conocida como el Altiplano - Puna.

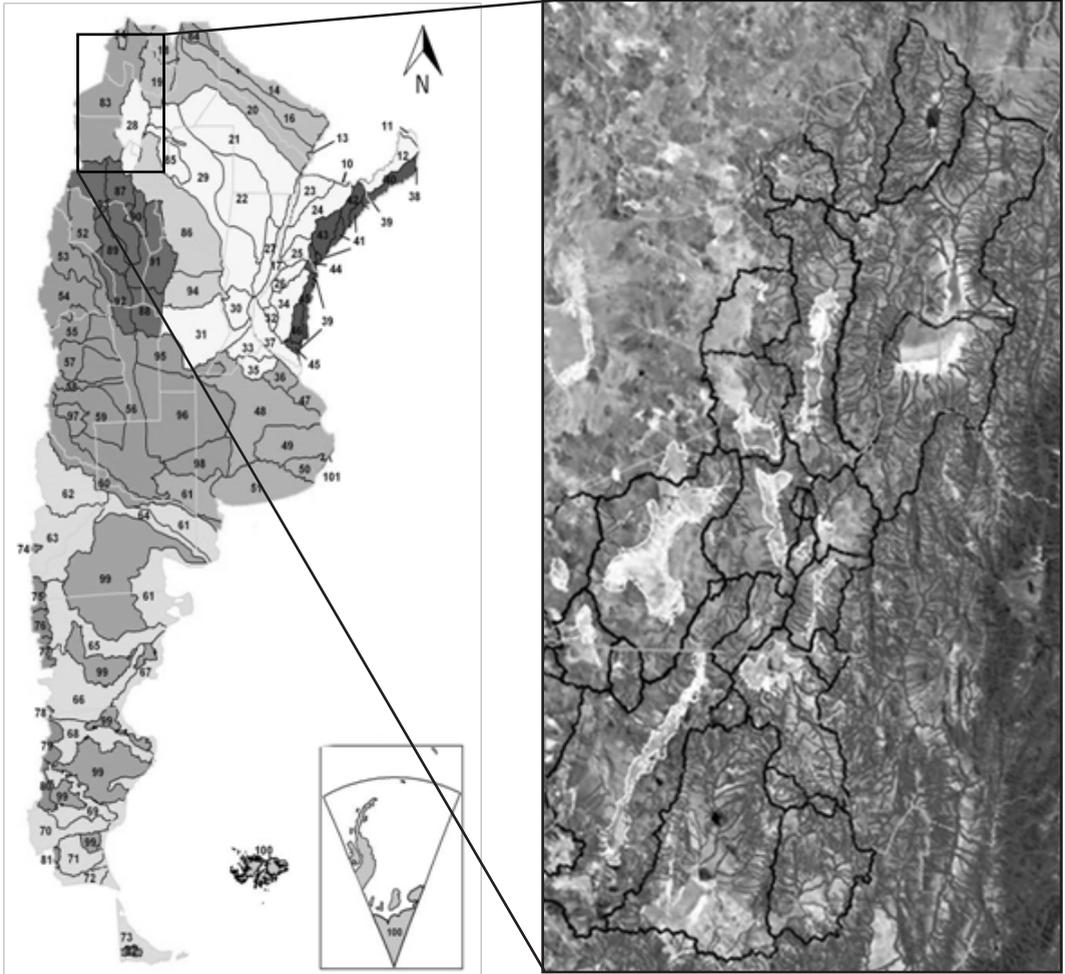


Figura 1: Mapa de cuencas hídricas - Fuente: Secretaría de Recursos Hídricos y elaboración propia.

La Puna posee condiciones climáticas y geográficas extremas: altitud de más de 3.200 m.s.n.m, escasas precipitaciones, intensa radiación solar y elevadas evaporación y fluctuaciones térmicas. Estas condiciones climáticas hiperáridas dan lugar a la formación de lagunas salinas, semisalinas y salares, normalmente en las áreas de menor elevación de la cuenca, que son deposiciones de sedimentos y sales cristalizadas desde la muy alta salinidad de las aguas que confluyen en estos. Las salmueras (agua con alto contenido de sales disueltas) contenidas en estos depósitos son ricas en productos de interés, como ser litio (de demanda creciente por su uso en baterías, uno de los elementos clave para combatir el cambio climático), boro (usado en vidrios, cerámicas, fibras), potasio (necesario en fertilizantes y en sales especiales para sistemas de generación de energía renovable), sulfatos (uso en detergentes e industria papelera).

La figura 2 muestra la foto de un salar de La Puna y su entorno.



Figura 2: Foto de un salar en la Puna Argentina - Imagen propia.

El agua que entra en la cuenca por precipitaciones (nieve y lluvia) sufre transformaciones espaciales y químicas a medida que avanza dentro de la cuenca. Parte se evapora, parte se infiltra hacia acuíferos, y otra parte alcanza las lagunas, salinas y/o salares, donde continúa transformándose químicamente (llega a ser 10 veces más salina que el agua de mar), para después evaporarse desde el salar o almacenarse en acuíferos. La figura 3 muestra un esquema de lo descrito anteriormente.

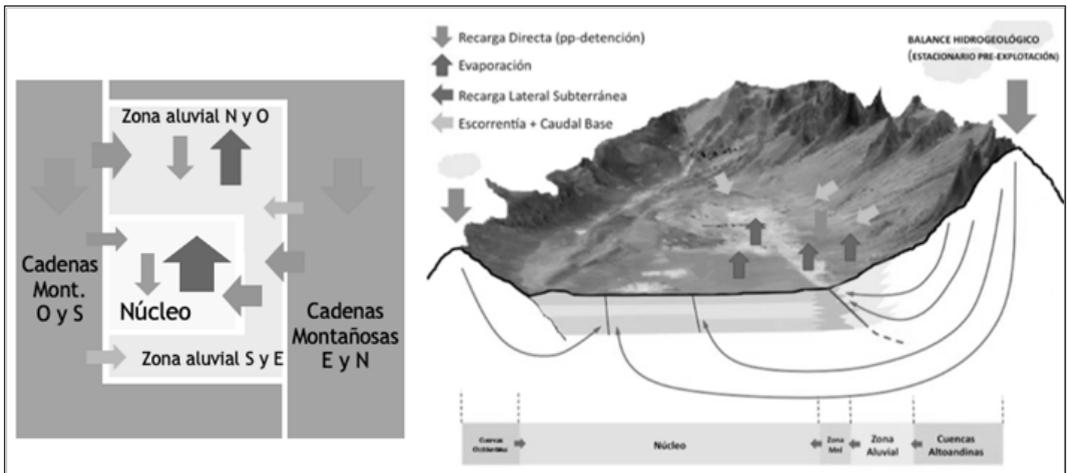


Figura 3: Esquema de balance hídrico de un salar - Fuente: SQM, 2017.

La Puna presenta una combinación única de vulcanismo y clima hiperárido, que resulta en una notable riqueza mineral en la región, lo que constituye uno de los elementos de desarrollo posibles en la zona. Estos sistemas son, además, áreas de gran diversidad geológica y biológica, y proporcionan notables y diversos servicios físicos, económicos, sociales e intangibles a las personas que habitan en el área.

En las cuencas endorreicas puede (y suele) haber una interacción entre las aguas superficiales y las subterráneas, interacción que es mayor y más compleja cuanto más desértica sean las condicio-

nes. Estas interacciones pueden ser de numerosos tipos y cambian en el tiempo en función del tipo y grado de vinculación entre aguas superficiales y subterráneas, y del tamaño de los acuíferos asociados. Esto es justamente lo que hace que cada salar y cada cuenca endorreica en la que está, sea único en cuanto a sus características y su dinámica.

El conocimiento de estos sistemas requiere estudios locales de detalle y de las características y actividades en la cuenca y en los acuíferos con los que se relaciona. Estos estudios son costosos y extensos en el tiempo, pero son fundamentales para lograr una comprensión del sistema y su dinámica.

Los sistemas hídricos evolucionan naturalmente, y de esta manera "su gestión requiere una visión dinámica en lugar de la estática (conservacionista) que en muchas ocasiones adoptan las autoridades y la sociedad". Para el caso de las cuencas endorreicas de la Puna, es preciso lograr que las actividades/propuestas se lleven adelante "de manera racional y sostenible, analizando el sistema en sus dimensiones *hidrogeoquímicas*" (1).

III. Herramientas de control y gestión ambiental

La herramienta más difundida para el análisis de impacto ambiental de una actividad es el estudio de impacto ambiental (EIA), que es una metodología para el estudio de los riesgos potenciales, su criticidad, y acciones necesarias para mitigar impactos. Son los promotores de los proyectos en cuestión (en su mayoría, del sector privado) los que se encargan de la preparación y presentación del EIA, generalmente con la asistencia de consultores o especialistas que toman conocimiento de la actividad en cuestión, estudian el entorno donde se propone realizar, analizan la interacción en términos de influentes y efluentes, y llevan adelante estudios de impacto tanto cuantitativos como cualitativos.

Una de las actividades más importantes en las cuencas endorreicas de la Puna son las acti-

(1) Citas de los doctores Emilio Custodio y Rodolfo García.

vidades mineras (2). Existen guías donde se especifican los requisitos para la presentación de los EIA en el caso de los proyectos mineros, y se listan los requerimientos para las diferentes etapas del desarrollo de un proyecto minero: prospección, exploración, exploración avanzada, extracción y beneficio de minerales. En algunas provincias, uno de los requisitos es el acuerdo de una audiencia en el que se presenta el proyecto y los trabajos propuestos a representantes de diferentes organismos del Estado, comunidades, ámbito académico y sindicatos involucrados (3).

El EIA es una herramienta conocida, versátil y útil, pero tiene una restricción de alcance porque se enfoca en proyectos/iniciativas puntuales, y por otro lado, puede tener conflicto de intereses porque la lleva adelante la parte promotora. También existen diferencias en los horizontes temporales de los proyectos en estudio con los recursos sobre los que estos proyectos están basados: los proyectos tienen horizontes temporales relacionados con los resultados económicos o políticos, mientras que los recursos tienen horizontes temporales mayores o mucho mayores relacionados con su posibilidad de regeneración, la pérdida de disponibilidad en el caso de los no renovables y el impacto acumulativo que pueden generar cuando el medio ambiente no es capaz de absorber los cambios introducidos manteniendo las condiciones iniciales. Adicionalmente, no resulta fácil acceder a toda la información de los EIA u otra información sobre estudios hídricos, aunque debería ser pública (4).

(2) Aunque excede el propósito de este trabajo, es importante destacar que la actividad minera es amplia y va más allá de la percepción comúnmente difundida en la sociedad de "megaminería", "explotación a cielo abierto" o "contaminación de recursos naturales". Además de ser fundamental para el desarrollo de la sociedad y la mejora de la calidad de vida, la actividad minera tiene un alto nivel de regulaciones en cuestiones de seguridad y medio ambiente, y genera una importantísima cantidad de información, de gran valor para la mejor comprensión de los sistemas en los que opera.

(3) Por ejemplo, el proceso UGAMP que asesora a la autoridad de aplicación minera, según dec. 5772 en Jujuy.

(4) Esto va en contra del Acuerdo de Escazú; ver más adelante.

Para trabajar sobre las restricciones indicadas antes, existe la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), que es un instrumento que sirve para planificar políticas, planes y programas (PPP, entendiendo la política como una dirección general para la toma de decisiones, el plan como una estrategia para implementar la política y el programa como la agenda de elementos para llevar adelante la implementación) buscando tener una base más completa para la toma de decisiones en cuanto a las actividades de desarrollo. Luego, el EIA es un instrumento específico a nivel proyecto (entendido como la organización de recursos para lograr un objetivo determinado) (5). Las figuras 5 y 6 resumen las características y coordinación de EAE y EIA.

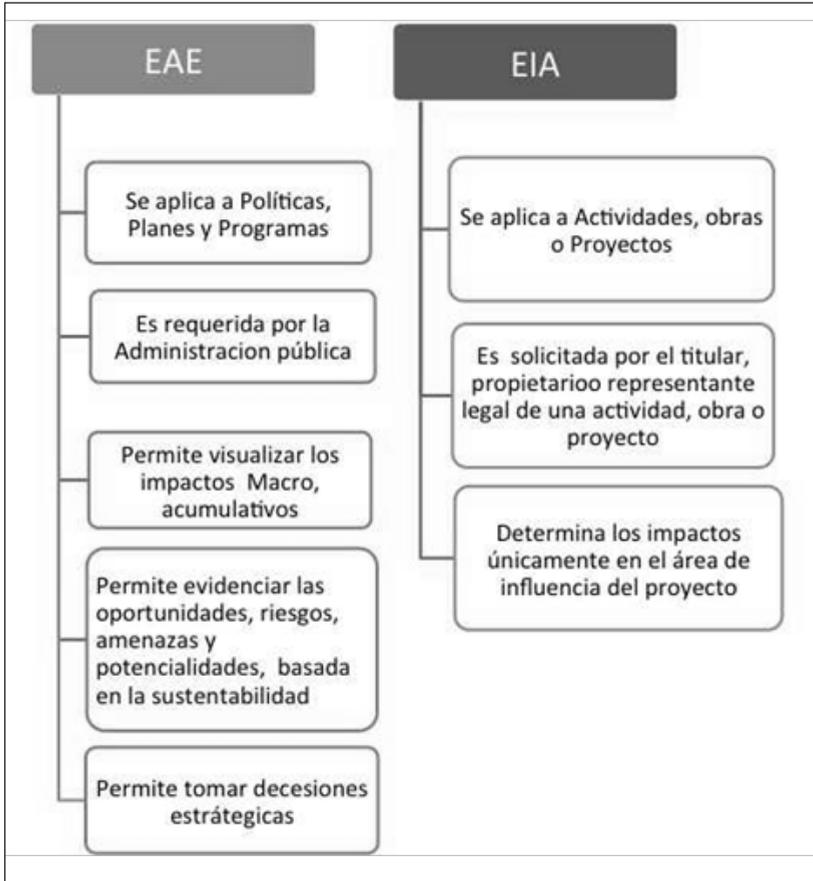


Figura 5: Principales características de EAE y EIA - Fuente: Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

(5) Existe también la Evaluación de Impacto Acumulativo (EIAc), un subconjunto de la EAE, que reconoce que los EIA por separado presentan una situación subóptima. Tiene un carácter de programa/plan (no de política) para mantener actualizado la EAE desde la introducción de nuevos proyectos. También existe la Evaluación de Impacto Ambiental y Social (EIAyS), que realiza el Estado como evaluación (un procedimiento administrativo de predicción y prevención de efectos ambientales no deseados).



Figura 6: Coordinación de EAE y EIA — Elaboración propia.

Si bien la EAE (estudio estratégico del sistema en el que se encuentran recursos potencialmente explotables para definir limitaciones y condiciones generales) apareció después del EIA en realidad debería ser un paso previo porque te permite tener un marco general con una visión más sistémica del efecto agregado potencial de la actividad en estudio en un sistema dado.

En la elaboración del EAE hay que considerar que las 3 dimensiones (económica, social y ecológica) deben abordarse con el mismo nivel de sensibilidad, compromiso, información y criterio, aunque su peso ponderado pueda variar en cada caso (lo cual vendrá indicado por el nivel Político).

Complementar EIA con EAE implica mover el foco del estudio desde la funcionalidad interna de los planes y programas, a las relaciones de estos con el entorno en que pretenden desarrollarse, en el que los objetivos económicos, sociales y ambientales puedan ser balanceados: más que buscar entender y explicar un “impacto” de la actividad en el entorno, se buscan y analizan alternativas, con una dinámica de “diálogo”, en las que la integración de una actividad en el entorno sea para mejorar, o al menos no empeorar, las dimensiones económica, social y ambiental.

De esta manera quedan definidas tres cuestiones básicas de una buena integración ambiental: buscar las actividades/propuestas razonables o prioritarias desde su interacción con el entorno, localizarlas en coherencia con el entorno (capacidad de acogida de efluentes, integrarse con otras actividades preexistentes), y buscar que el desarrollo de aquellas garantice la sostenibilidad en cuanto a la interacción con los recursos y capacidades del entorno (comportamiento ambiental sensible). Por “razonables” se entiende que son generados por necesidades verdaderas, considerando los recursos disponibles y sus capacidades, con apertura para buscar mejores alternativas en cuanto a localización, y poniendo al menos en igualdad de condiciones al ámbito o entorno con las actividades/propuestas, primero viendo las de carácter endógeno, por sobre las demandadas o impuestas por agentes externos. Por “localización coherente” y “comportamiento ambiental sensible” se entiende que las actividades humanas se relacionan con el entorno como si fueran un organismo que consume, ocupa espacio y emite residuos, para lo que requiere recursos, soporte físico y absorción de sus emisiones.

Respecto de las propuestas sobre planes y programas (PP), es muy importante dejar claro que hacer, pero también que no hacer. Y desde aquí se desprenden tres tipos de medidas: la de regulación y control (que se implementan a través de normativas, y otros instrumentos legales), la de interven-

ción o acción positiva (que se implementan a través de programas, proyectos o acciones puntuales) y las de gestión (que dan forma al sistema de gestión y sus instrumentos de control y seguimiento).

El EIA puede tener un alto grado de complejidad, y el esfuerzo para realizar un estudio exhaustivo puede ser muy elevado. Adicionalmente la parte interesada en desarrollar un proyecto es normalmente la que más y mejor información tiene [aunque no necesariamente la comparte (6)]. Sin embargo, esto no tiene que ser impedimento para promover el mayor y mejor uso de las metodologías EAE y EIA buscando mejorar el balance entre desarrollo económico y mayor calidad de vida con mejor distribución, y mínimo efecto negativo para que las generaciones futuras de todo el planeta puedan satisfacer sus propias necesidades.

Otra herramienta para tener en cuenta es el ordenamiento territorial (OT), que analiza el conjunto de la actividad socioeconómica en un cierto espacio geográfico (no solo sobre la tierra sino también subsuelo y sobresuelo, tanto de manera estática como dinámica). El OT es una expresión espacial del tipo de desarrollo que busca una coherencia (en diferentes dimensiones) de los elementos físicos con el entorno, mediante el balance entre el racional de producción basado en maximizar resultados y beneficio económico, con los posibles efectos sobre el avance desordenado sobre el territorio y los recursos naturales, dejándolos más vulnerables a eventos potencialmente catastróficos en el futuro (además de que el recurso necesario para corregir es siempre mayor que el de prevenir). Y lo hace basándose en información científica, formal y organizada, analizada desde el punto de vista del entorno, y utilizando metodologías formales para estudiar casos, escenarios y alternativas.

(6) Existe un balance entre información de acceso público, e información que se puede considerar estratégica del proyecto. En el caso particular de la minería, existen 2 elementos que es importante destacar: i) La existencia de normativas para divulgar información, que son requisito para acceso a financiamiento, como NI 43-101, JORC o SAMREC; ii) la creciente participación de la industria minera en iniciativas que buscan transparencia y combate a la corrupción.

Los indicadores de "huella ecológica" o "ambiental" (7), que buscan evaluar la sustentabilidad desde el plano territorial y de los recursos, están relacionados con OT, aunque es común que se encaren de manera parcial, o sub-óptima: cuando no surgen desde un análisis completo y formal como es el de OT, suelen ser incompletos en información, pudiendo ser también fácilmente manipulables.

La idea de OT en una unidad geográfica y con un determinado contexto exterior se puede representar con un modelo de tres elementos:

i) Las actividades humanas que soportan el desarrollo: son tanto las existentes como las expectantes en función de los recursos disponibles, su localización y las oportunidades correspondientes, y la demanda (8); no solo de carácter endógeno sino también exógeno.

ii) Su localización en el espacio, en función de los influentes, efluentes y espacio, en relación con el medio físico; su adecuación a la "lectura" de medio físico como capacidad de acogida de las diferentes funciones ambientales, la optimización de funcionalidad del conjunto, la posibilidad de uso múltiple de espacio y la coherencia de los elementos físicos en su entorno (9).

iii) La regulación de su comportamiento: se trata de lograr una gestión respetuosa con el entorno en términos de las vinculaciones de las actividades y elementos físicos con aquel (influentes, efluentes y espacio que utilizan), teniendo en cuenta tasas de renovación de recursos renovables, ritmos racionales para no renovables, y no superar la capacidad de asimilación de carga crítica (la concentración

(7) Como por ejemplo la "huella hídrica", y la "huella de carbono".

(8) Una discusión normalmente incluida en EAE y OT es la necesidad de diferenciar entre lo que se "necesita" y lo que se "desea" como fundamentos de la demanda, buscando que los "deseos" de hoy no comprometan la posibilidad de cubrir las "necesidades" del mañana.

(9) Se suele trabajar con matrices que buscan compatibilizar actividades tanto desde la perspectiva del "promotor" como la del "conservacionista", clasificando las interacciones con diferentes grados de vocacionalidad. También se analiza el posible impacto en la funcionalidad (actividades incompatibles o sinérgicas, por ejemplo), en las diferentes formas de uso del sistema territorial.

máxima a partir de la cual se producen impactos significativos en los ecosistemas, seres vivos o patrimonio existente) de los vectores ambientales. Implica un conocimiento de los canales por los que circulan los flujos de relación en el sistema (infraestructura, comunicaciones).

IV. Aplicación en las cuencas endorreicas de la Puna

IV.1. La gestión integrada de recursos hídricos (GIRH)

Se define la gestión integrada de recursos hídricos (GIRH) como “un proceso que promueve el desarrollo coordinado y la gestión de agua, territorio y recursos relacionados para maximizar el resultado económico y el bienestar social de manera equitativa sin comprometer la sostenibilidad del ecosistema” (10). Propone un *enfoque sistémico, inclusivo e integrado* para gestionar un recurso tan valioso como el agua.

La GIRH es un proceso dinámico y complejo, que debe trabajarse desde múltiples disciplinas con un enfoque sistémico, y requiere de la participación activa de diversos sectores de la sociedad para trabajar de manera equilibrada sobre las dimensiones económica, ambiental y social.

La GIRH se basa en elementos de la naturaleza del sistema de cuenca y su ciclo hidrológico, y requiere un horizonte de gestión amplio. A diferencia de elementos definidos por convenciones sociales y políticas, que pueden tener una extensión diferente, y normalmente trabajan plazos cortos.

Uno de los elementos clave para una correcta GIRH es la información, tanto su cantidad como su calidad, su correcto registro y organización. Aquí juegan un rol clave las actividades económicas, ya que utilizan información para medir el desempeño de sus procesos y tomar decisiones. La figura 4 esquematiza un modelo de GIRH.



Figura: 4: Esquema de un modelo de GIRH - Fuente: Diplomado de GIRH, CATHALAC.

(10) La definición que se encuentra en Naciones Unidas es "La GIRH es un proceso que promueve la gestión y el desarrollo coordinados del agua, el suelo y los otros recursos relacionados, con el fin de maximizar los resultados económicos y el bienestar social de forma equitativa sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas vitales".

IV.2. La GIRH para ordenamiento territorial

Tomando a una cuenca endorreica como sistema de análisis, es posible ver que la GIRH ofrece un marco para llevar adelante análisis como los que se hacen en un OT. Desde la figura 1, la figura 5 muestra más en detalle una de las cuencas endorreicas de la Puna (la cuenca de Rincón), que abarca territorio de las provincias de Salta y Jujuy, y también de otro país (Chile). Pueden verse en esta cuenca elementos de infraestructura (rutas, caminos, línea de energía eléctrica, línea de ferrocarril, gasoducto), de población (localidades, asentamientos), de actividades económicas (exploración, planta de producción de litio, canteras) y otros elementos (área de disposición de residuos urbanos, paso fronterizo, estación de ferrocarril).

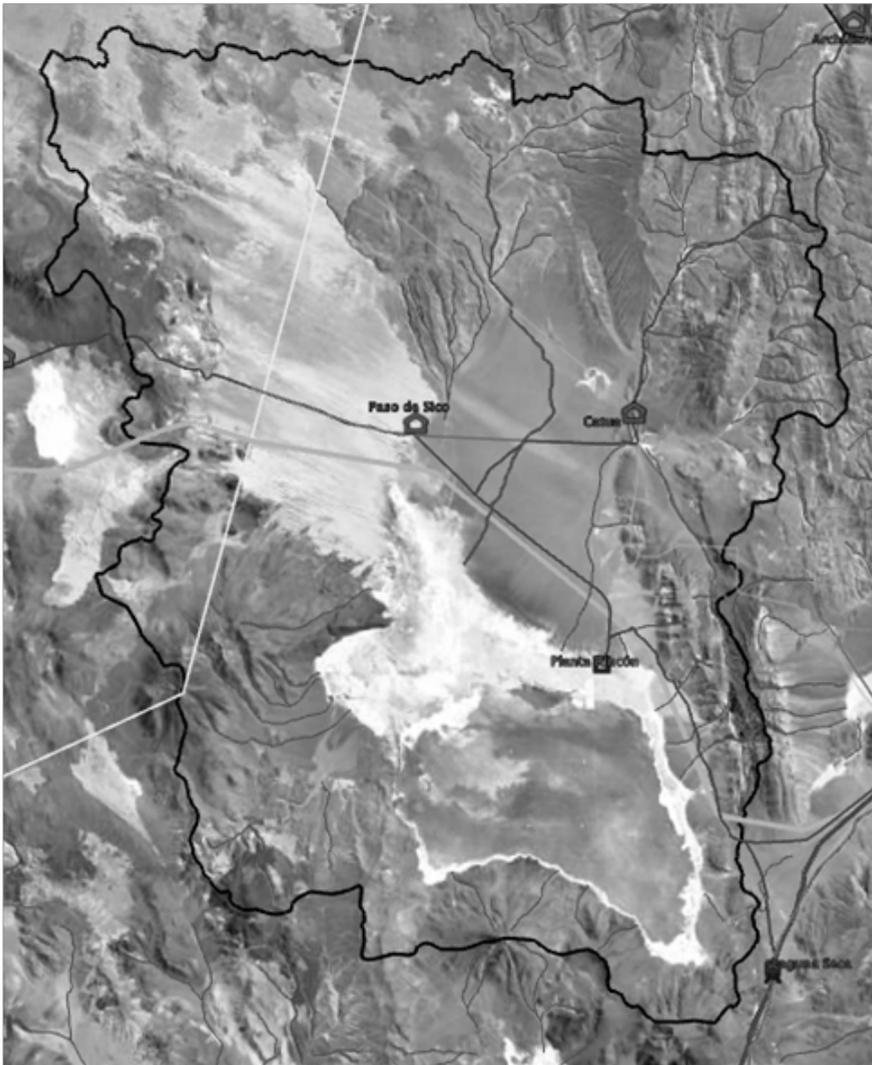


Figura: 5: Cuenca del Salar del Rincón y algunos elementos del sistema — Elaboración propia.

Varias organizaciones (empresas, institutos, universidades) han llevado adelante diversidad de estudios y relevamiento de datos que podrían permitir tener una primera descripción del sistema en cuanto a sus parámetros hídricos, geológicos y químicos, que son determinantes para la caracterización del sistema. Lamentablemente la disponibilidad y el acceso a esa información no son simples como deberían serlo. Estos estudios llevan asociado un costo importante, y mucho tiempo, necesario para poder tener información de los diversos momentos por los que evoluciona el sistema.

Además de la dinámica propia de los sistemas, es importante tener en cuenta a los avances de la tecnología como factor modificante, ya que su evolución también podrá generar ajustes en las relaciones entre actividades/propuestas y el entorno.

Cabe destacar, en este punto, la importancia de las primeras etapas de un proyecto minero, que son las de prospección y exploración de recursos naturales (en particular, recursos mineros y agua), en cuanto a la generación de información e instalación de instrumentos de medición y registro. Esto es valioso en sí mismo, y no solo para el posible desarrollo del proyecto minero, sino también para las autoridades de los Estados y para la sociedad en general (y las comunidades locales en particular). Queda clara la oportunidad de mejorar la coordinación entre Empresas, Estado y Comunidad para lograr el mayor y mejor aprovechamiento de la información que se genera, que es determinante para elaborar una correcta caracterización del sistema y poder tomar decisiones de manera más completa.

En línea con lo anterior, encarar el análisis de una cuenca hídrica con una metodología como GIRH demanda que los principales actores (Empresas, Estado y Comunidad) eleven su nivel de involucramiento y coordinación, y pasar de "informar" a "dialogar" de manera activa.

Se puede mejorar el nivel de la interacción entre los agentes que participan en la dinámica del sistema, mediante un *proceso colaborativo*. Este proceso se basa en los principios de transparencia (compartir toda la información relevante en la mesa de diálogo; con buena fe y sin

dobles intenciones), confidencialidad (respetar la privacidad de las partes), autonomía de la voluntad (asume la plena libertad de las partes), interdisciplinariedad (todos trabajan en equipo para diseñar una solución ganar-ganar y acuden a expertos que asesoran de manera neutral) y exclusión (los abogados que participan se excluyen de iniciar y participar en acciones judiciales que pudieran surgir de no ser efectivo este proceso colaborativo). Este tipo de procesos requiere de profesionales calificados; está en vía de desarrollo en Latinoamérica, y puede ser una herramienta en la gestión de los procesos de participación ambiental, para solucionar posibles conflictos o incluso anticiparse a estos (11).

También se visualiza más claramente la importancia de los sistemas de información hidrológica, la calidad de la información (toma de datos, sistemas de gestión, laboratorios de análisis y control, capacidades y habilidades de los técnicos y profesionales, etc.) y el valor que puede aportar el trabajo en equipos multidisciplinarios.

Trabajando en el marco de GIRH, pueden usarse las herramientas de OT para sub-dividir el sistema en unidades ambientales en las que se indican diferentes tipos de usos (partiendo sobre las actividades y proyectos preexistentes), y sobre las que es posible hacer una valoración en dimensiones predefinidas, así como evaluar la capacidad de acogida. Se pueden entonces hacer análisis diversos y propuestas de uso del territorio y sus recursos de manera integral.

Como referencia, en Chile se realizó un modelo hidrogeológico conceptual integrado sobre una cuenca endorreica (cuenca de Atacama), donde existen diversas actividades sociales y de producción y se ha logrado recabar una importante cantidad de datos, y llevado adelante varios tipos de estudios sobre la dinámica del sistema. El trabajo presenta tres etapas: i) revisión y análisis de los antecedentes; ii) análisis

(11) Hay tres modelos básicos: i) el derecho colaborativo en la práctica ambiental, llevado adelante por abogados que cambian la visión adversarial del derecho por un enfoque de colaboración y trabajo en conjunto; ii) la Mediación Ambiental, en la que ayuda al diálogo un facilitador neutral; iii) el arbitraje ambiental, que aun siendo un método alternativo de resolución de conflictos, implica una reducción en la autonomía de la voluntad.

hidrológico, hidrogeológico e hidroquímico, y estudio de la dinámica de la cuenca; y iii) construcción del modelo conceptual. Para el desarrollo de los trabajos, se sub-dividió a la cuenca en unidades hidrogeológicas, se analizaron de manera específica los diferentes acuíferos y las aguas de distinta composición (desde agua dulce hasta salmuera saturada, que es aproximadamente 10 veces más salina que el agua de mar), para analizar finalmente las direcciones de flujo y los esquemas de recarga. Es importante destacar una serie de elementos:

— La colaboración interdisciplinaria: trabajaron profesionales de geología regional y local, geomorfología, meteorología, hidrología, geofísica, hidrogeología, hidro-geoquímica, isotopía, balance hídrico, modelización, legal, ambiental, sociólogos, antropólogos.

— La importancia de la información abierta y completa, en gran parte provista por las empresas que han trabajado y trabajan en la cuenca.

— La comprensión del carácter dinámico del sistema y la importancia de mantener “vivo” el estudio, que además puede seguir mejorando a medida que se genera nueva información.

El modelo permite identificar el impacto acumulativo de los diferentes procesos, tanto naturales como antropogénicos, sobre los diferentes elementos que hacen a la dinámica del sistema, y fundamentalmente el impacto en el almacenamiento.

V. Marco normativo y antecedentes

Es importante recordar que la normativa en relación con el medio ambiente y el agua abarca a distintas materias y disciplinas jurídicas. Como se verá, la normativa aplicable en materia de recursos hídricos es profusa y se encuentra dispersa en los distintos niveles de gobierno. Para el caso de las cuencas endorreicas de la Puna donde haya salares, es necesario tener en cuenta también la normativa relacionada con los recursos minerales (12). Sin perjuicio de ser materias preminentemente locales y por tanto

(12) Se podrían ver las normativas sobre recursos hídricos y recursos minerales como grupos específicos, y la normativa ambiental como un elemento transversal a ellas.

normadas por las Provincias y sujetas a la jurisdicción de los poderes judiciales provinciales, existen numerosas facultades concurrentes con la Nación e importantes atribuciones delegadas al Estado federal.

Originariamente la Constitución Nacional contemplaba únicamente aquellos aspectos del agua vinculados a la libre navegación de sus cursos, y se confirieron facultades al Congreso de la Nación para el dictado de los denominados Códigos de Fondo, en los cuales el recurso agua es regulado de acuerdo con la especialidad de cada materia (penal, minera, civil, etc.). Asimismo, la Constitución Nacional precisa la distribución de competencias entre los diversos niveles de gobierno (nacional, provincial, municipal). Adoptando un sistema republicano y federal, determinó que las provincias conservasen todo el poder no delegado a la Nación. De este modo, al ser el agua un recurso cuya jurisdicción (entendida esta como la facultad de para dictar normas que la regulen) no ha sido delegada por las provincias a la Nación (salvo en lo que respecta a los códigos de fondo), estas han sancionado numerosas leyes de aguas o códigos especializados en ejercicio de sus potestades.

En la reforma de 1994 se incorpora a la Constitución el nuevo paradigma referido a la sustentabilidad del desarrollo y la protección ambiental e incluyó expresamente el derecho al goce de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. Además introdujo un concepto novedoso en lo que respecta a la distribución de competencias en materia ambiental: la facultad otorgada al Congreso Nacional para el dictado de normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental, encomendando a las provincias la complementación de aquellas, sin que por ello se alteren las jurisdicciones locales, lo que resulta crucial en la regulación de los recursos naturales.

La Ley General del Ambiente (25.675) brinda el marco para una gestión sustentable y adecuada del ambiente, al cual deben integrarse y ajustarse progresivamente las diversas políticas que se engloban en la sustentabilidad del desarrollo. La norma determina objetivos, principios e instrumentos de la política ambiental, y provee el andamiaje institucional básico sobre el cual de-

ben sancionarse e interpretarse las leyes sectoriales de presupuestos mínimos **(13)** **(14)**.

Las leyes de presupuestos mínimos consideran una concepción amplia (no solo sobre sistemas naturales sino también los culturales), y son de carácter preventivo (plantea tomar todas las medidas para prevenir efectos negativos que pudieran afectar al ambiente) y precautorio (cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certezas o pruebas no debe ser motivo para demorar la acción). Se debe entender que esto no pretende atentar contra el progreso, sino buscar que sea sustentable y que perdure para las generaciones futuras.

La Ley de Gestión Ambiental de Aguas (25.688 del 2002), estableció los presupuestos mínimos para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional. Esta norma presenta importantes definiciones y mecanismos para la gestión de los recursos hídricos, y reconoce a las cuencas hídricas como unidad de gestión de los recursos hídricos. En consecuencia, dispone la creación de Comités de Cuenca para colaborar en la gestión de aquellas interjurisdiccionales y determina la obligación, en algunos casos, de contar con sus permisos para la utilización del agua **(15)**.

Esta ley define “aguas” y “cuenca hídrica superficial”, pero menciona cuencas “endorreicas” dentro de la definición de la última **(16)**. También tiene varios cuestionamientos que surgen de considerar el carácter de “recurso” del agua por encima de su concepción relacionada con el medio ambiente, pudiendo considerarse de esta

(13) La Ley de referencia indica cuáles son los instrumentos de política y gestión ambiental, entre los que están la EIA, OT, educación ambiental, y necesidad de disponibilidad de la información.

(14) Desde 2000 rige en Salta la Ley 7070 que se refiere a la Evaluación de Impacto Ambiental y Social (EIAyS) como herramienta, complementando la ley de presupuestos mínimos de referencia.

(15) En el art. 4º de la ley 25.688.

(16) En el art. 2º define a la cuenca como una región delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar (se refiere claramente a cuencas exorreicas), y nombra luego a “las endorreicas”. Ver que no hace referencia al tercer tipo de cuencas, que son las arreicas, existentes en varias regiones del país.

manera en conflicto con el manejo y gestión de los recursos naturales, potestad de las provincias.

En el 2002 se crea el Consejo Hídrico Federal (COHIFE), que trabaja en el fomento de acuerdos interjurisdiccionales para gestión de cuencas. En 2003 se establece un Acuerdo General del Agua a través de una ley de Política Hídrica en un marco de federalismo concertado entre la Nación y las Provincias (incluyendo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), que se resume en 49 Principios Rectores, en los que se destaca la articulación de la gestión hídrica con la gestión ambiental y la gestión territorial.

En la Argentina hay 14 cuencas interjurisdiccionales, 5 de las cuales tienen personería jurídica de derecho privado y público [son consideradas autoridades de cuenca **(17)**], siendo las restantes, acuerdos entre provincias. No existe a la fecha ningún organismo enfocado en las cuencas endorreicas de la Puna.

En cuanto a las legislaciones específicas de minería relacionadas con medio ambiente, Argentina tiene un Código de Minería, y las provincias tienen sus Códigos de Procedimientos Mineros. En mayo de 1993 se estableció el Acuerdo Federal Minero (aprobado por ley 24.228) para coordinar criterios básicos sobre el desarrollo de la minería en la Argentina, que se renovó en 2017 con algunas actualizaciones, entre las que se puede mencionar la mayor especificidad en cuanto a faltas por incumplimiento de pautas ambientales (a las tres faltas graves, se terminarán las operaciones y perderán los derechos sobre las concesiones mineras), y la creación de un Consejo Federal de Minería (COFEMIN) entre el Estado Nacional y Provincias mineras.

Uno de los elementos fundamentales de la minería en la Argentina es la ley 24.196, de Inversiones Mineras, sancionada en 1993 **(18)**, que establece un régimen especial para quienes desarrollen actividad minera en cuanto al tratamiento fiscal de las inversiones, estabilidad

(17) El hecho de que se creen por ley nacional representa en sí mismo un conflicto con las provincias, desde que estas tienen el dominio de los recursos.

(18) Modificada en 1999 por ley 25.161 para la mejor definición de la base de determinación de regalías.

fiscal por 30 años, y también indica un fondo de reserva de hasta el 5% del costo operativo de inversión para prevenir y subsanar alteraciones ambientales.

La ley 24.585 de 1995 (de Protección Ambiental para la Actividad Minera), modifica el Art. 282 (hoy 233) del Código de Minería respecto de temas ambientales, indicando un sistema ambiental minero preventivo.

Luego, cada provincia es la que dicta y administra los procedimientos mineros, y determina la Autoridad de Aplicación en materia ambiental minera (19) y (20). Cuando se presenta un EIA, la autoridad la evalúa y luego establece una Declaración de Impacto Ambiental [DIA (21)] que es el acto administrativo en el que se establecen las condiciones en las que se podrá realizar la actividad (en caso que así fuera). Se establece en cada provincia el poder de policía minera, para asegurar el cumplimiento de lo establecido en la DIA, con capacidad de suspender las actividades en caso que así no fuera. Aunque el tema ambiental es de extrema importancia, no está directamente considerado dentro del amparo minero, que considera el pago del canon y regalías, la presentación y cumplimiento de los planes de inversión (22).

Respecto de la gobernanza en asuntos ambientales, existe el Acuerdo de Escazú, que implica “garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales” (23). Argentina aprobó

(19) Titularidad provincial de los recursos naturales, según art. 124 de la CN.

(20) Es interesante destacar, por ejemplo, la diferencia entre Salta y Jujuy, siendo que en la primera el Juzgado de Minas es administrativo, pero en Jujuy no.

(21) Es la "licencia ambiental"; en algunas jurisdicciones se llama también certificado de aptitud ambiental (CAA).

(22) La verificación de este último es normalmente limitada en función de los recursos disponibles, y lamentablemente no es poco común ver casos de declaraciones juradas que no se corresponden con el necesario despliegue de inversiones o cumplimiento de planes comprometidos.

(23) El acuerdo de Escazú promueve la cooperación, la transparencia, y fomenta los métodos colaborativos

y promulgó este acuerdo por ley 27.566, siendo el décimo país en aprobarlo (24).

Desde 1994 la CN le atribuye jerarquía supralegal a algunos de los tratados internacionales, incorporándose al ordenamiento jurídico argentino las normas contenidas en numerosos documentos que nuestro país ha suscripto en el ámbito internacional, entre los que está la Convención relativa a los Humedales de importancia internacional (“Ramsar”). Existen 23 sitios “Ramsar” en la Argentina; 3 de ellos se encuentran en la zona de las cuencas endorreicas de la Puna: la Laguna de Pozuelos, en Jujuy, la Laguna Vilama, en Jujuy y parte del sub-sitio norte de las lagunas alto-andinas y puneñas de Catamarca.

Actualmente está en discusión una ley de presupuestos mínimos para la conservación, la protección y el uso racional de los humedales.

En los últimos años aparecieron iniciativas muy interesantes a este respecto. La res. 343/2015 de la provincia de Salta incluyó el requerimiento de los balances hídricos en los EIA de proyectos relacionados con salmueras. La res. 19/2019 de la Secretaría de Minería de la misma provincia indica que las autoridades podrán exigir un estudio de impacto ambiental y social acumulativo (EIAySA) en el caso en el que coexistan diferentes empresas en un mismo salar. Finalmente, en el marco del Nuevo Acuerdo Federal Minero las provincias de Jujuy, Salta y Catamarca firmaron un protocolo en el que se recomienda que la cuenca hídrica sea la unidad de gestión para proyectos de litio.

VI. Conclusiones

La necesidad de balance entre el desarrollo económico (ligado a la calidad de vida) y la protección de los recursos pensando en las generaciones futuras (la idea de “desarrollo sustentable o sostenible”) tiende a promover posturas extremistas

en la resolución de conflictos. De esta manera, el Acuerdo trabaja la temática de la justicia ambiental, así como promueve la participación de la sociedad en general en temas relacionados con la cuestión ambiental.

(24) México fue el decimoprimer, completando lo que se requería para su aplicación plena. El Acuerdo entró en vigencia el 22 de abril de 2021, al llegarse al número de ratificaciones necesarias para su puesta en vigor.

cuando no hay información suficiente para evaluar situaciones y tomar decisiones, y cuando se carece de un diálogo abierto y transparente.

En el caso particular de las cuencas endorreicas de la Puna, ricas en recursos naturales y con características muy relacionadas con la dinámica de las aguas, se observa una oportunidad para mejorar la manera de trabajar en la evaluación y toma de decisiones de forma más completa, lo cual puede ayudar a mejorar las condiciones para que los proyectos que se desarrollen sean más razonables y sensibles, y se integren mejor con el entorno.

En función del trabajo ya realizado por empresas, instituciones y funcionarios de los Estados, existen bases de información de diversa índole, desde registros de pozos de agua, estudios de ambiente y líneas de base en EIA de proyectos, análisis estáticos y dinámicos de recursos, e incluso modelos de estudios de dinámica de aguas. Pero esta información no tiene el mismo nivel de disponibilidad. Si se puede acceder a ella, es posible y organizarla por cuenca utilizando las metodologías de OT, para tener un inventario hidrogeológico, en un formato estructurado y ordenado que permita su análisis. También desde este inventario, se podrá identificar en qué partes de los sistemas se necesita más información, y de qué tipo, para que los actores interesados en el desarrollo de los recursos (empresas y/o instituciones del ámbito académico o los Estados) las procuren. Finalmente, también desde el aporte fundamental de las empresas e instituciones académicas, se podrán proponer modelos de evolución del sistema que permitan analizar escenarios e impactos de manera más sistémica.

Esta caracterización del sistema, donde los elementos hidro-geoquímicos juegan un rol fundamental, permitirá organizar la gestión de la cuenca endorreica con la metodología y herramientas de la gestión integrada de recursos hídricos (GIRH) como marco de gobernanza, con el liderazgo de los responsables de los recursos y la participación activa de actores de empresas, estados y comunidades.

La evaluación ambiental estratégica (EAE, complementada con los EIA) ofrece una nueva escala para el estudio de los proyectos, al

hacerlo desde una perspectiva más amplia y de manera más integrada al entorno, de forma multidisciplinaria y más abierta a actores de diversos ámbitos (privado, público, científico, opinión ciudadana). Permitirá además que los estados puedan ofrecer reglas del juego más claras y concretas, basadas en elementos fundamentales de los sistemas en cuestión, y con horizonte de largo plazo. Esta es una forma no solo de acompañar, sino también de guiar al desarrollo de actividades en la región.

Se propone, entonces, trabajar de forma más concreta y específica a las características propias de los sistemas (con definición natural, ambiental, no necesariamente coincidentes con los criterios políticos) en función de los marcos legales y herramientas existentes. No es suficiente quedarse en marcos generales que, aunque quizás en busca de un resultado razonable y “sostenible”, generan más dudas que certidumbres y resultan en parálisis de acción por la amplitud de sus objetivos, la falta de precisiones, y fallas o falta de implementación.

Si los sistemas se gestionaran de esta manera, la toma de decisiones sobre actividades/propuestas no solo se haría desde una base formal y específica del sistema, sino que se podrá estudiar alternativas y proponer mejoras desde la integración de aquellas al entorno en el que se plantea su despliegue. Además, le dará fuerza a los planteos de necesidad de infraestructura y mejoras en los sistemas en cuestión, necesarias para su desarrollo.

Respecto del tratamiento de estos sistemas dentro del marco de “humedales”, sería recomendable que se tengan en cuenta estudios previos de una especificidad, calibre y profundidad como los que se presentan en este trabajo, antes de pronunciarse con marcos generales que tengan el riesgo de ser de representatividad limitada (o sub-óptimos) para regiones específicas como son las cuencas endorreicas de la Puna. “La conflictividad que se suele producir en parte es debida a que no se conoce ni se considera adecuadamente el sistema acuífero y sus restricciones”, y es preciso tener en cuenta que “una política de conservación y restauración a ultranza, como todos los extremismos, puede llevar a serios problemas con los usos humanos necesarios y razonables. Numerosos humedales

están en evolución natural y siguen su proceso, con posibles alteraciones antrópicas. Por tanto, mantenerlos invariables puede ser un serio y costoso error” (25). Es muy importante, para asegurar una correcta escala y horizonte temporal, que cualquier definición sobre humedales se haga desde un previo conocimiento de

(25) Palabras del Dr. Emilio Custodio al referirse a consideraciones sobre la gestión y gobernanza de los humedales y de los acuíferos ligados a humedales.

la cuenca al que pertenecen, con participación activa y real de los actores de dicha cuenca en coordinación con las autoridades administrativas, de manera profesional y sobre información lo más completa posible.

La Argentina es rápida a la hora de hacer leyes generales, pero muy lenta e ineficiente cuando se trata de implementar, donde se necesita conocimiento específico de los sistemas naturales, así como capacidad y criterio técnico.

Protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial

Pablo D. Ortiz Scilipoti (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Ambiente y cultura. Algunas aproximaciones.— III. Patrimonialización de la cultura: incorporación de los bienes al patrimonio cultural.— IV. Los valores del patrimonio cultural.— V. Patrimonio cultural y desarrollo sostenible.— VI. Necesidad y justificación de la protección.— VII. Consideraciones sobre el PCI.— VIII. Hacia la protección del PCI.— IX. La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003).— X. Principios éticos para la salvaguardia del PCI.—XI. El PCI en el orden nacional argentino.— XII. La regulación del patrimonio cultural en el marco constitucional argentino.— XIII. El PCI en la provincia de Mendoza.

I. Introducción

En el presente trabajo se verán las principales normas del régimen jurídico del patrimonio cultural a nivel internacional, nacional y local mendocino, haciendo hincapié en la esfera inmaterial.

La Constitución Nacional cuenta con numerosas referencias a la materia cultural (arts. 14 y 75, incs. 17, 19 y 22). Pero fundamentalmente en su art. 41 consagró el derecho de todos los habitantes de la Nación a un ambiente sano, equilibrado y apto tanto para el desarrollo humano, imponiendo en cabeza de cada uno de ellos el deber de preservarlo. En tal marco, la norma refuerza tal derecho estableciendo un deber genérico de las autoridades de proveer a tal derecho, y en particular preservar el patrimonio cultural.

A lo largo de este estudio se busca determinar y dar respuesta a los interrogantes que naturalmente surgen en la presentación del tema: ¿Cuál es el bien jurídico protegido: el ambiente o la cultura?, ¿cómo se produce la patrimonialización de la cultura?, ¿qué se entiende por patrimonio cultural?, ¿qué distingue al patrimonio cultural material del inmaterial?, ¿cuáles son las herramientas jurídicas con que se cuentan para la protección de ese patrimonio?

zación de la cultura?, ¿qué se entiende por patrimonio cultural?, ¿qué distingue al patrimonio cultural material del inmaterial?, ¿cuáles son las herramientas jurídicas con que se cuentan para la protección de ese patrimonio?

II. Ambiente y cultura. Algunas aproximaciones

En primer lugar, se considera necesario determinar si la cultura en general y el patrimonio cultural en particular forman parte del ambiente. Para ello, se comenzará por brindar algunos conceptos de él.

Se ha dicho desde una visión sistémica, que se concibe a lo ambiental como una universalidad en el que interactúan sus elementos constitutivos: “Por un lado existe la cultura con su afán de progreso incesante. Por otro, la naturaleza con su mecanicismo incesante. Y por otro, el proceso de esta interacción inevitable entre naturaleza y cultura” (1).

En este sentido también se lo ha definido como:

“Aquel sistema global constituido por elementos naturales, artificiales de naturaleza fí-

(*) Abogado; ayudante fiscal en Oficinas Fiscales de Tunuyán y Vista Flores (4ª Circ. Jud., Mendoza); profesor de Derecho Constitucional y Administrativo en el Instituto Universitario de Seguridad Pública de la Universidad Nacional de Cuyo; doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Mendoza).

(1) MOYANO, Amílcar, "Sistemas jurídicos sobre las aguas en Mendoza", LA LEY Gran Cuyo 2005 (julio), p. 625.

sica, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural, que rige y condiciona la existencia y el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones” (2).

Según esta concepción, la cultura forma parte del ambiente siendo un subsistema que tiene gran influencia sobre él, al igual que los otros elementos o subsistemas. Puede considerarse, por ejemplo, lo determinante que ha sido la cultura en Mendoza para el manejo del agua en sus distintos usos que efectivamente determina la existencia y el desarrollo y, por ende, la calidad de vida de los mendocinos.

Ahora bien. Estando de acuerdo en que la cultura forma parte del ambiente, cabe preguntarse qué es. La Declaración de México sobre las Políticas Culturales (3) expresa:

“La cultura puede considerarse actualmente como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales al ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”.

Venini sostiene que cultura “es la forma en que se manifiesta la identidad de un pueblo o nación” (4). Si bien existen otras definiciones (5), estas resumen las características fundamentales y, sobre todo la última de ellas contiene un elemento decisivo: ser instrumento de expresión

(2) LORENZETTI, Ricardo L., "La protección jurídica del ambiente", LA LEY 1997-E, 1463, cit. por LÓPEZ ALFONSO, Marcelo A., "Aspectos constitucionales del ambiente y de la responsabilidad por daño ambiental en el nuevo Código Civil", *Revista de Derecho Público*, 2015-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 113.

(3) Dictada en el marco de la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales, México DF, 26/07 al 06/08/1982.

(4) VENINI, Juan Carlos, "Tutela del patrimonio cultural", RDD 2011-1, p. 290.

(5) CLARKE, J. R., "Analytical Archaeology", Methuen, London, 1968, p. 19, citado por GONZÁLEZ CARVAJAL, M. Paola, "Régimen jurídico de protección del patrimonio cultural y de los pueblos indígenas en la legislación chilena", inédita, p. 10.

de las comunidades. En este sentido se expresa la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003) cuando se refiere a que el patrimonio cultural se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.

Además, ese instrumento o medio de manifestación de la identidad de un pueblo es creado por el ser humano —no individualmente considerado sino por la comunidad toda— y está formado por dos elementos fundamentales tal cual lo dice la primera definición dada: un elemento tangible o material y otro elemento intangible o inmaterial. El primero de ellos puede, a su vez, estar compuesto por cosas muebles o inmuebles que, generalmente, será una representación del segundo elemento. Hay una gran vinculación entre ambos (6).

Sin embargo, el elemento inmaterial de la cultura a su vez tiene una característica fundamental que lo distingue del elemento material: su fragilidad. A diferencia de un cuadro o de un edificio, que sobreviven a las generaciones y que para existir no han de necesitar de una presencia humana que la anime, las manifestaciones inmateriales de la cultura existen solo y únicamente si alguien, un cuerpo, la hace existir (7).

III. Patrimonialización de la cultura: incorporación de los bienes al patrimonio cultural

En primer lugar, debe aclararse que definir el patrimonio cultural ha presentado muchas dificultades. Se lo ha intentado hacer a través de una enumeración de sus componentes, tal como lo manifiesta la conceptualización dada por el art. 1º de la Convención sobre la Protección del Pa-

(6) CRESPIAL, "Experiencias y políticas de salvaguardia del patrimonio cultural en América Latina", Cuzco, 2010, p. 22.

(7) GASPARINI, Lucía, "Il patrimonio culturale immateriale. Riflessioni per un rinnovamento della teoria e della pratica sui beni culturali", *Vita e Pensiero Strumenti Storia dell'arte*, Milano, 2014, p. 8.

rimonio Mundial, Cultural y Natural adoptada por la UNESCO en 1972. En ella se dice:

“Se considerará 'patrimonio cultural': los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”.

Ya se ha expresado que la cultura está conformada tanto por bienes materiales o tangibles —muebles o inmuebles— como por elementos inmateriales o intangibles como son los saberes, el folklore, las costumbres o el lenguaje mismo de una sociedad determinada. Sin duda alguna ambos elementos son bienes culturales, entendidos como creaciones del hombre.

Pero cabe preguntarse cuándo esos bienes culturales pasan a ser patrimonio de una comunidad y, por lo tanto, son merecedores de protección jurídica como tal. La primera característica que surge del patrimonio es que es una construcción social (8). Esto quiere decir que la misma sociedad es quien va delimitando lo que para sí misma es formador de su propia identidad.

La segunda característica del patrimonio es su surgimiento *a posteriori*. Esto significa que una gran parte de los bienes reviste su carácter patrimonial solo *a posteriori*, cuando se manifiesta su voluntad de luchar contra el olvido y la destrucción de lo que parece ser portador de identidad, de arte y de historia (9).

(8) BENHAMOU, Françoise, ob. cit., p. 13. Así también lo sostiene GARCÍA CUETOS, María Pilar, "El patrimonio cultural: conceptos básicos", Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2011, p. 17.

(9) BENHAMOU, Françoise, ob. cit., p. 13.

Hay una tercera característica del patrimonio: su heterogeneidad. Patrimonio puede ser cualquier cosa. Esta heterogeneidad está dada por los distintos motivos que llevan a la patrimonialización de los elementos materiales o inmateriales y por los valores sociales que representan como, por ejemplo, la historia de la comunidad, la belleza estética, la técnica de construcción o, incluso, la capacidad para atraer turistas y generar ingresos económicos.

Sin embargo, cabe preguntarse cómo se incorporan esos bienes al patrimonio cultural. ¿Basta la simple voluntad de los habitantes de una comunidad o de un juez para su incorporación o, por el contrario, es necesaria una declaración expresa de la autoridad competente que declare a tal o cual bien como integrante del patrimonio cultural de una comunidad?

La solución adoptada por la legislación nacional es la de la incorporación de un bien al patrimonio cultural nacional mediante declaración expresa de la autoridad que, en este caso, podría ser el Poder Ejecutivo nacional o el Congreso de la Nación (conf. arts. 1º ter y 3º bis, ley 12.665).

En el caso del patrimonio arqueológico y paleontológico, la ley 25.743 incorpora genéricamente a los bienes allí detallados (art. 2º) al patrimonio cultural de la Nación (art. 1º). Se considera en este sentido que, cada vez que se realiza un descubrimiento, no hace falta la declaración expresa para cada bien por alguna autoridad competente, sino que, probado que se trata de un bien de esas características, automáticamente quedaría incorporado al carácter patrimonial dentro de la generalidad declarada por la norma legal.

Como se verá más adelante, la legislación mendocina también requiere la declaración expresa previa para que un bien quede incorporado al patrimonio cultural de la Provincia (10).

(10) En el mismo sentido la ley 3138 de Santa Cruz (art. 9º); ley 6801 de San Juan (art. 2º) que también hace una inclusión genérica de todas aquellas construcciones mayores a 50 años al momento de la sanción de la ley (art. 2º bis); ley II-0526-2006 de San Luis (arts. 8º, 15 y 19); ley 370 de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 3º); ley 1400-E (antes ley 5556) del Chaco [art. 12 inc. b)]; ley 2083 de La Pampa [arts. 8º inc. f), 11 y 13]; ley 1227 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [art. 9º inc.

Este criterio también ha sido sostenido por la jurisprudencia **(11)**.

Por esto, a partir de estas regulaciones puede considerarse la presencia de otra característica referida a la manera en que se incorpora un bien al patrimonio cultural: la declaración o reconocimiento como tal mediante la autoridad competente.

No obstante, si bien para la legislación argentina es un requisito necesario para la incorporación de un bien al patrimonio cultural de una comunidad, esta declaración importa un reconocimiento a los valores intrínsecos del bien que existen y están representados por el mismo antes de tal manifestación, por lo que también se podría reconocer la patrimonialización del bien por sentencia judicial en el caso concreto **(12)**.

a) párr. 2º]; ley 4831 de Catamarca (art. 2º); ley 3656 de Río Negro (art. 9º); leyes 5543 (art. 1º) y 9729 de Córdoba (arts. 3º y 4º); ley 4047 de Corrientes (arts. 2º, 3º y 4º); ley 1280 de Misiones (arts. 1º y 2º); ley XI-19 de Chubut (art. 4º); ley 7535 de Tucumán (art. 3º, 8º y 9º); ley 10.419 de Buenos Aires (art. 5º); leyes 6649 (art. 1º) y 7418 (art. 2º) de Salta; ley 5751 de Jujuy [art. 7º inc. a)] y ley 2257 de Neuquén (art. 1º).

(11) CS, 13/02/2001, "Palacio de Lois, Graciela (ex. feria 10/1998) c. Poder Ejecutivo Nacional (PEN) s/ amparo - ley 16.986", Cita online: TR LALEY 4/40571. También autos nro. F-1.220 (J. P. L. de Jáchal nro. 5001/11), caratulado "Orden público c. 'Cien Bar - Café' - Propietario Luis Daniel Bravo - Infracción a los arts. 7, 8, 10 y 11 de la Ley Prov. 7196 y 98, 99, 143 y 162, Ley Prov. N° 7.819".

(12) P. ej. si se quisiera demoler el edificio comunal de un pueblo —con una antigüedad del inmueble de 130 años— que no tuviera declaración por autoridad competente para construir otro, ¿alguien podría oponerse alegando y probando que representa valores históricos y culturales que marcan la identidad de la comunidad? Véase al respecto el fallo "Stessens, Ángel Bernardo A. c. Municipalidad de Santa Fe s/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad", 14/12/2010, CS Santa Fe, cita online: 70067756. Se considera que los magistrados hicieron un juicio de valor respecto de los valores del inmueble, independientemente de su declaración como patrimonio cultural. Ver fallo SCBA, 08/07/2008, "Centro para la Cultura y Participación Brazos Abiertos Anexo Biblioteca Popular c. Municipalidad de San Isidro (Provincia de Buenos Aires) s/ amparo - medida cautelar", cita online: AR/JUR/6480/2008. La C. 5ª Civ. y Com. Córdoba así lo ha reconocido el 12/08/1994 en la causa 45945, ED 8598 del 07/10/1994. VALLS, Mario F., "Nuevos criterios

Teniendo en cuenta lo hasta aquí analizado, puede referirse al patrimonio cultural como un conjunto de bienes tangibles o manifestaciones intangibles heterogéneos, generalmente únicos, que una comunidad determinada reconoce como aptos para su identificación a raíz del valor que representan y que se manifiestan y consolidan con el transcurso del tiempo, a partir de su reconocimiento como tal por autoridad competente, sea esta administrativa, legislativa o judicial.

Por lo tanto, la patrimonialización de la cultura dependerá de la capacidad de sus elementos para construir la identidad de una comunidad determinada y su declaración como tal. Su objetivo último será el de mejorar la calidad de vida de las personas como consecuencia de un desarrollo sostenible.

IV. Los valores del patrimonio cultural

La heterogeneidad conceptual del patrimonio cultural que anteriormente se ha manifestado se refleja en los diferentes valores que pueden asociarse con el patrimonio. En el caso de Mendoza, el art. 2º de la ley 6034 obliga a la conservación de todos aquellos bienes que integran el patrimonio cultural de la provincia por su valor documental y cronológico, ya que son testimonio para el conocimiento y desarrollo cultural. Asimismo, el art. 3º de la misma norma enumera como valores que debe poseer un bien digno de protección a los siguientes: antropológico, histórico, arqueológico, artístico, artesanal, monumental, científico y tecnológico. En igual sentido se expresa la ley 1227 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En mayor o menor sentido, todas las legislaciones amparan estos valores, pero, fundamentalmente, demuestran la heterogeneidad de los mismos.

De todos los valores expresados, en el patrimonio cultural material los valores estético e histórico son los más fáciles de percibir. Benhamou **(13)** distingue el valor de rememoración (valor histórico) y el valor de contemporaneidad (valor de arte y de uso).

para la protección del patrimonio arqueológico y paleontológico en la nueva ley 25.743".

(13) BENHAMOU, Françoise, ob. cit., p. 20.

Respecto al valor científico, este hace del patrimonio un objeto de saber y de memoria. Así lo expresa la ley 25.743 de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico en su art. 2º.

Pero estos valores que se han enunciados son aquellos que deben poseer los bienes para ser declarados patrimonio cultural y conseguir, de esa manera, que se los proteja. No obstante, una vez que se ha conseguido la declaración como patrimonio cultural de un bien tangible o intangible determinado, entran en juego otros valores como pueden ser el de comunicación y apropiación o el de mercado generando de esta manera externalidades positivas o negativas según sea el caso.

La capacidad de un lugar patrimonial de atraer al turismo denota un valor de comunicación y de apropiación del patrimonio (14).

Esta dimensión alcanza el valor de mercado del patrimonio, pero también resulta de su valor simbólico, el cual es una mezcla de historia y de referencias comunes que entra en la psiquis nacional. Ciertos valores científicos (como los de un sitio arqueológico) o simbólicos (los de una iglesia rural) fuertes pueden ir de la mano de un valor de mercado nulo o muy bajo (15).

Throsby, citado por Benhamou (16), insiste en el valor cultural, que se refiere a la calidad es-

(14) Respecto del turismo masivo, se ha dicho que este amenaza la conservación y debilita la emoción patrimonial cuando se acentúa el estacionamiento salvaje y la degradación del entorno. Cada sitio de interés natural o cultural puede alcanzar una cantidad óptima de usuarios, más allá de la cual se deteriora su estado. En Angkor, vestigio de las capitales del Imperio Temer construidas del siglo IX al siglo XIII, el consumo excesivo de agua seca las napas freáticas, al punto tal de poner en peligro de derrumbe los cimientos de los templos. La gestión de los sitios de interés más delicados puede consistir en la composición de una copia. En 2009, se decidió hacer una réplica de la cueva Chauvet, descubierta en el sur de Ardeche (sur de Francia), en 1994 y que hoy es Patrimonio de la Humanidad: la conservación exige que se prohíba el acceso al público. Ver BENHAMOU, Françoise, ob. cit., ps. 20 y 87-88.

(15) BENHAMOU, Françoise, ob. cit., ps. 22-23.

(16) THROSBY, D., "Economics and Culture", Cambridge University Press, Cambridge (trad. Esp. Economía y Cultura, Cambridge University Press, Madrid, 2001) citado por BENHAMOU, Françoise, ob. cit., p. 23.

tética, social, simbólica, espiritual, histórica y de autenticidad relacionada con el patrimonio. Es, en definitiva, el valor que podría llegar a englobar a todos los demás.

También se agrega el valor educativo y didáctico del patrimonio. La utilización de elementos patrimoniales permite el aprendizaje de unas pautas que facilitan al estudiante interrogarse sobre el entorno que le rodea, acercarse, reflexionar y después llegar a conclusiones sobre cómo se construye el conocimiento social (17).

En definitiva, el patrimonio está asociado a valores sociales: es un elemento de cohesión social, de adhesión colectiva a referentes culturales. En economía, este aspecto se analiza como una externalidad positiva.

Como corolario de lo dicho, se puede afirmar que desde el punto de vista antropológico para poder atribuir a un objeto la categoría de patrimonio, es necesario que reúna una serie de valores que se pueden resumir en tres: el valor de uso, el valor formal y el valor simbólico.

El valor de uso se refiere a la utilidad que tiene el objeto, siendo necesario que cubra algún tipo de necesidad; el formal hace referencia a la atracción que debe despertar a los sentidos, ya sea por la forma, por el volumen, etc.; y el simbólico que es determinante por el hecho de ser testigo de ideas, de acontecimientos o de situaciones del pasado, que permiten conectar a personas de tiempo diferentes (18). Pero el patrimonio cultural, es decir, después de la declaración e incorporación de un bien a la herencia y bagaje cultural, adquiere otros valores que ya han sido descritos: el de comunicación y apropiación, el de mercado, el cultural, el educativo y el social.

V. Patrimonio cultural y desarrollo sostenible

En 1987 la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo presentó un informe llama-

(17) GONZÁLEZ MONFORT, Neus, "El valor educativo y el uso didáctico del patrimonio cultural", Universitat Autònoma de Barcelona, consultado en http://pagines.uab.cat/neus.gonzalez/sites/pagines.uab.cat/neus.gonzalez/files/praxis_neusgonzalez.pdf [consultado: 29/10/2016].

(18) *Ibid.*

do “Nuestro Futuro Común”, conocido también como Informe Brundtland, que definió al desarrollo sostenible, sostenido o duradero como aquel “que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades [...] y contiene dos conceptos fundamentales: El concepto de necesidades, en particular las necesidades esenciales de los pobres del mundo, a las cuales se les debe dar la máxima prioridad; y la idea de limitaciones impuestas por el estado de la tecnología y la organización social a la capacidad del medio ambiente de satisfacer las necesidades presentes y futuras”.

Existe una importante vinculación entre el patrimonio cultural y la consecución del desarrollo sostenible, contribuyendo aquel a este, por ejemplo, en su capacidad para generar el turismo cultural. Por supuesto que para que ese turismo sea sostenible, el patrimonio cultural debe gestionarse de esa manera para que pueda hacer un aporte verdadero a la comunidad.

El patrimonio cultural inmaterial, en adelante PCI, también contribuye al desarrollo sostenible. Esto se ve, por ejemplo, en la artesanía tradicional, que genera movimiento de dinero para las comunidades y sus integrantes, incluyendo a artesanos vendedores de materias primas, transportistas y vendedores de aquellos objetos.

En cuanto al desarrollo social inclusivo, este no se puede alcanzar sin seguridad alimentaria sostenible, atención sanitaria de calidad, acceso al agua potable y al saneamiento, educación de calidad para todos, sistemas de protección social inclusivos e igualdad de género. Estos objetivos deben ser respaldados por una gobernanza inclusiva y libertad para que la gente pueda elegir su propio sistema de valores. Para ello es fundamental el rol que juega el PCI. La medicina tradicional, los hábitos alimentarios, las prácticas de gestión del agua, las reuniones sociales, las celebraciones y los sistemas de transmisión del conocimiento desempeñan un papel fundamental para las comunidades **(19)**.

(19) UNESCO, "Patrimonio cultural inmaterial y desarrollo sostenible", p. 4.

En tal sentido, los conocimientos tradicionales de una comunidad, basados en su enfoque global de su entorno y de su vida rural, fortalecen la agricultura local y los hábitos alimentarios tradicionales. En la medicina tradicional los tratamientos en zonas rurales aisladas son accesibles frente a otros tipos de medicina no disponibles. Para que esto contribuya al desarrollo sostenible de la sociedad, se hace necesario garantizar el reconocimiento, el respeto y la mejora de este conocimiento medicinal y la transmisión a generaciones futuras. Donde hay otros servicios médicos, las prácticas y el conocimiento tradicionales son complementarios y pueden ampliar la oferta para los habitantes.

También el patrimonio cultural hace su aporte a la cohesión y estabilidad social dada su fuerza simbólica. Genera un gran sentido de pertenencia. Las prácticas sociales, los rituales y los eventos festivos estructuran la vida de las comunidades y colectivos, y pueden desempeñar un papel fundamental en su tejido social de una forma inclusiva, amalgamando a la sociedad movilizada alrededor de su cuidado y administración.

En este sentido juega un rol preponderante la diversidad cultural. En cuanto al rol de la cultura en general y el patrimonio cultural —especialmente el inmaterial— en el cuidado del ambiente y la sustentabilidad ambiental, se resalta que los valores culturales, el conocimiento local y las prácticas tradicionales sobre el manejo del ambiente pueden ser recursos invaluable para alcanzar la sustentabilidad ambiental y la consecuente supervivencia de la gente y su lugar. El manejo del patrimonio natural y cultural necesita que las comunidades se involucren en su conservación y tomen la iniciativa para ello, generando de esa manera una interdependencia intergeneracional **(20)**.

Cabe destacar también que hay prácticas que están enraizadas en las comunidades con la errónea convicción de ser beneficiosas como, por ejemplo, la mutilación genital femenina que se practica en comunidades africanas, pero es reconocida internacionalmente como una violación de los derechos humanos de las mujeres.

(20) UNESCO, "The power of Culture for Development".

res y niñas (21). Frente a esto, cabe preguntarse cómo resuelve jurídicamente la comunidad internacional este problema. La respuesta se encuentra en el art. 1º de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial que establece que solo se tendrá en cuenta el PCI que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.

VI. Necesidad y justificación de la protección

Teniendo en cuenta que el patrimonio cultural representa una construcción social que transmite diferentes valores de una sociedad determinada y es transmisor de su identidad, y ante la creciente y constante amenaza de destrucción del patrimonio cultural, surge la clara necesidad de proteger los bienes que integran dicho patrimonio para —en última instancia— brindar protección a los valores sociales generadores de identidad que dicho patrimonio representa, siendo que la desaparición de un bien material o una manifestación inmaterial integrante del patrimonio cultural implica el menoscabo a la cultura de una sociedad determinada y, en algunos casos, de todos los pueblos del mundo.

Por ello la protección del patrimonio cultural es de interés público, justificando así las restricciones y límites al dominio que deben sufrir, en muchos casos, los bienes culturales de dominio privado; pero también otras medidas de restricción de la libertad general, o de incentivo a ciertas prácticas que son favorables a la tutela cultural. Lo dicho también vale para el desarrollo de las manifestaciones inmateriales o intangibles del patrimonio cultural.

Igualmente, en la normativa que rige a nivel nacional se encuentra la esencia de la protección: El art. 41 de la CN garantiza el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de

las generaciones futuras. Acto seguido, obliga a las autoridades a proveer este derecho y al de la preservación del patrimonio cultural. Se ve acá cómo la Ley Suprema vincula al patrimonio cultural con el desarrollo sostenible.

Por otro lado, el Código Civil y Comercial categóricamente niega en su art. 14 el amparo del ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando este ejercicio pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. Completando esta idea, en la Sección 3ª del Capítulo 1 del Título III del Libro Primero, contempla la regulación de los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva dentro de los cuales se encuentra el patrimonio cultural.

El art. 240 dice que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, debiendo 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 leyes especiales, dentro de las cuales se encuentra a la ley 25.675 General del Ambiente.

Esta norma en su art. 2º inc. a) obliga a la política ambiental nacional a asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de los recursos culturales en tanto recursos ambientales, en la realización de las actividades antrópicas.

En el ámbito mendocino, la ley 5961 considera a los bienes culturales como bienes de incidencia colectiva, estableciendo en su art. 16 que tal norma se aplicará, en general, para la defensa jurisdiccional de los intereses difusos y los derechos colectivos. Específicamente aclara que eso se hará brindando protección a tal fin a la conservación de los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos.

Se ha sostenido doctrinalmente que luego de la reforma del año 2015 del Cód. Civ. y Com., se ha introducido la variable ambiental en el ejercicio de los derechos individuales. Los artículos ya citados 14 y 240 incluyen dentro del Código

(21) <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> [Consulta: 28/03/2020].

la concepción de desarrollo sustentable (22), regulando así los derechos individuales y los de incidencia colectiva, incorporando la noción de "función socioambiental" en el ejercicio de los derechos individuales (23).

Estos últimos se caracterizan por ser de uso común, indivisible y cuya tutela no es disponible por las partes (24), ya que las leyes que los regulan son de orden público.

VII. Consideraciones sobre el PCI

El PCI tiene las siguientes características:

— *Fragil*: está íntimamente ligado a la existencia de las personas. Las manifestaciones inmateriales de la cultura existen únicamente si alguien la hace existir. Pese a esto, el PCI es un importante factor del mantenimiento de la diversidad cultural frente a la creciente globalización.

— *Tradicional, contemporáneo y viviente a un mismo tiempo*: no solo incluye tradiciones heredadas del pasado, sino también usos rurales y urbanos contemporáneos característicos de diversos grupos culturales y en constante movimiento. Una práctica cae en desuso cuando ya no encuentra acomodo en la realidad cotidiana o en la realidad simbólica de una comunidad (25).

El patrimonio inmaterial cambia y evoluciona constantemente, y cada nueva generación lo enriquece.

— *Integrador*: se pueden compartir expresiones del PCI que son parecidas a las de otros. El

(22) CAFFERATTA, Néstor - LORENZETTI, Pablo, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, 1ª ed. revisada, t. XII-A, p. 221.

(23) *Ibid.*, p. 226.

(24) CS, "Mendoza, Silvia Beatriz y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios" (pronunciamiento de apertura en competencia originaria), Fallos 326:2316.

(25) AMESCUA, Cristina - TOPETE, Hilario, "Introducción", en TOPETE LARA, Hilario - AMESCUA CHÁVEZ, Cristina (coord.), *Experiencias de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Cuernavaca, 2013, ps. 16-17.

PCI contribuye a la cohesión social fomentando un sentimiento de identidad y responsabilidad que ayuda a los individuos a sentirse miembros de una o varias comunidades y de la sociedad en general.

— *Representativo*: esto porque no se valora simplemente como un bien cultural, a título comparativo, por su exclusividad o valor excepcional. Florece en las comunidades y depende de aquellos cuyos conocimientos de las tradiciones, técnicas y costumbres se transmiten al resto de la comunidad, de generación en generación, o a otras comunidades.

— *Basado en la comunidad*: el PCI solo puede serlo si es reconocido como tal por las comunidades, grupos o individuos que lo crean, mantienen y transmiten. Sin este reconocimiento, nadie puede decidir por ellos que una expresión o un uso determinado forma parte de su patrimonio (26).

VIII. Hacia la protección del PCI (27)

La elaboración del concepto de patrimonio inmaterial es resultado de una larga evolución que ha llevado a comprender que el patrimonio no es únicamente aquello que se toca o se ve, sino sus significados y valores, las tradiciones y usos unidos a lo material e incluso aquellos que no lo están (28).

En 1972 se aprobó de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Natural y Cultural (29), aunque entró en vigor el 17 de diciembre de 1975.

Habida cuenta de que los aspectos jurídicos de los derechos de propiedad intelectual colectiva no estaban todavía bien definidos, se decidió no incluir las expresiones del PCI en las disposiciones de la Convención de 1972. Por

(26) UNESCO, "¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial?", París, ps. 4-5.

(27) UNESCO, "La elaboración de una Convención sobre el patrimonio cultural inmaterial", ps. 4-12.

(28) GARCÍA CUETOS, María Pilar, ob. cit., p. 77.

(29) Argentina fue el 39 Estado que aceptó esta Convención y el 9º de América. Lo hizo el 23/08/1978. Se aprobó este instrumento mediante ley 21.836 del 06/07/1978.

eso, el Gobierno de Bolivia propuso en 1973 añadir un Protocolo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor (1952) revisada en 1971, para dotar de un marco jurídico a la protección del folclore (30). La propuesta no fue aceptada.

En la ciudad de México en 1982 (31) se celebró Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (MONDIACULT), siendo uno de los principales logros la nueva definición de cultura. Se afirmó que el patrimonio abarca todos los valores de la cultura tal y como se expresan en la vida cotidiana, y se señaló la importancia cada vez mayor de las actividades destinadas a sostener los modos de vida y las formas de expresión por los que se transmiten esos valores. La Conferencia observó que la atención suscitada por la preservación del "patrimonio inmaterial" se podía considerar una de las novedades más positivas del decenio anterior. Esta fue una de las primeras ocasiones en que se utilizó oficialmente la expresión "patrimonio inmaterial" o "patrimonio no material" (32).

En 1989, la UNESCO adoptó la *Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular*, siendo el primer instrumento jurídico de su especie orientado a la salvaguardia del PCI, aunque no vinculante ya que simplemente se trató de una Recomendación. Se incorporaron nociones que luego serían recogidas por la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial: salvaguardia y conservación.

La recomendación sirvió para sensibilizar sobre la necesidad de dedicar especial atención a los ámbitos relacionados con el PCI y evidenció algunos principios teóricos generales que se refieren a la importancia política, económica y social del folclore, a su rol en la historia de los pueblos y a su posición en la cultura contemporánea, reconociendo la necesidad de tutelar las

tradiciones culturales y a la comunidad que les da vida.

A finales de la década de 1990, después de una larga serie de reuniones regionales, el Instituto Smithsonian, los Estados Unidos de América y la UNESCO organizaron conjuntamente una conferencia de expertos titulada "Evaluación global de la Recomendación de 1989 sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular: autonomía local y cooperación internacional". La Conferencia llegó a la conclusión de que era necesario un instrumento jurídicamente vinculante sobre la salvaguardia del PCI: la Recomendación de 1989 se centraba excesivamente en la documentación y no prestaba atención suficiente a la protección de las prácticas y tradiciones vivas, ni a los grupos y comunidades depositarios de estas.

La Conferencia recomendó que se adoptara la expresión "patrimonio cultural inmaterial" para el nuevo instrumento normativo, en vez del término "folclore" por considerarse más adecuada para designar los procesos de adquisición de saber de los pueblos, junto con los conocimientos, las técnicas y la creatividad que les dan forma sustancial y los desarrollan, los productos que crean, y los recursos, espacios y otros elementos del contexto social y natural necesarios para su viabilidad, que infunden en las comunidades vivas un sentimiento de continuidad con las generaciones anteriores y son importantes para la identidad cultural y la salvaguardia de la diversidad cultural y la creatividad de la humanidad.

El director general de la UNESCO presentó en 2001 un informe que concluyó que la propiedad intelectual no protegía de manera adecuada las expresiones del PCI y que, por lo tanto, debía preverse un régimen específicamente concebido para tal fin recomendando, en definitiva, que se elaborase un nuevo instrumento normativo basado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y propuso una serie de principios fundamentales en los que debería inspirarse ese instrumento.

En septiembre de 2001, la Conferencia General adoptó la Declaración Universal sobre la Di-

(30) El ministro de Relaciones Exteriores y Asuntos Religiosos de Bolivia escribió una carta al director general de la UNESCO el 24 de abril de 1973 pidiendo considerar "un instrumento internacional para proteger las artes folclóricas y el patrimonio cultural de varias naciones del mundo". GASPARINI, Lucía, ob. cit., p. 33.

(31) UNESCO, "Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales", Ciudad de México, 26/07 al 06/08/1982.

(32) P. 14, punto 85 de la Conferencia.

versidad Cultural (33), en cuyo art. 7º se afirma que el patrimonio, en todas sus formas, debe ser preservado, valorizado y transmitido a las generaciones futuras como testimonio de la experiencia y las aspiraciones humanas, a fin de nutrir la creatividad en toda su diversidad e instaurar un verdadero diálogo entre las culturas. Esta declaración sentó las bases de la elaboración del instrumento normativo para la salvaguardia del PCI.

En septiembre de 2002 los representantes de 110 Estados miembros participaron en una mesa redonda sobre el patrimonio inmaterial y la diversidad cultural, que tuvo lugar en Estambul (Turquía). Los participantes adoptaron la Declaración de Estambul, en la que reconocían el valor del PCI, y recomendaron la adopción de una nueva convención internacional. En ese mismo mes de septiembre de 2002, se celebró en París la primera Reunión intergubernamental de expertos sobre el anteproyecto de convención para la salvaguardia del PCI.

Casi todos los expertos estuvieron de acuerdo en que los Estados debían desempeñar un papel preeminente en la salvaguardia del PCI. Su principal obligación debía consistir en identificar y definir ese patrimonio presente en sus territorios, en consulta y cooperación con las comunidades culturales concernidas, las organizaciones no gubernamentales y otras partes interesadas. También se acordó que se debía crear un registro internacional del PCI alimentado por el patrimonio inventariado en los diferentes países. Este registro —la Lista Representativa establecida más tarde por la Convención— debía tener por objeto dar a conocer el PCI y contribuir a la promoción de la diversidad cultural.

En noviembre de 2003, la Comisión de Cultura de la Conferencia General de la UNESCO recomendó que la Conferencia General adoptase por consenso, en sesión plenaria, la Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio

Cultural Inmaterial como convención de la UNESCO.

Después de 2003 ha entrado en vigor otro instrumento jurídico relativo a la cultura: la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005, teniendo por tema la producción de expresiones culturales, difundidas y compartidas mediante actividades, bienes y servicios culturales. Esta Convención complementa la serie de instrumentos jurídicos de la UNESCO encaminados a propiciar la diversidad y un entorno mundial en el que se aliente la creatividad de los individuos y los pueblos en su rica variedad, contribuyendo así a su desarrollo económico y a la promoción y preservación de la diversidad cultural del mundo.

IX. La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003)

Fue aprobada durante la 32ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO el 17 de octubre de 2003 y entró en vigor el 20 de abril de 2006. Tiene cuatro finalidades principales: 1) la salvaguardia del PCI; 2) el respeto del PCI de las comunidades, grupos e individuos de que se trate; 3) la sensibilización en el plano local, nacional e internacional a la importancia del PCI y de su reconocimiento recíproco; y 4) la cooperación y asistencia internacionales (conf. art. 1º).

Fue el primer instrumento multilateral de carácter vinculante destinado a salvaguardar el PCI y ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada de tal manera que a) modifique el estatuto o reduzca el nivel de protección de los bienes declarados patrimonio mundial en el marco de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972 a los que esté directamente asociado un elemento del PCI; o b) afecte los derechos y obligaciones que tengan los Estados parte en virtud de otros instrumentos internacionales relativos a los derechos de propiedad intelectual o a la utilización de los recursos biológicos y ecológicos de los que sean partes (art. 3º).

IX.1. Disposiciones generales

Se entiende por PCI a los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas

(33) Ver PAJUELO TÉVEZ, Ramón, "La Convención del 2003 y los desafíos para la salvaguardia del PCI", en *Experiencias y políticas de salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en América Latina*, Ed. Crespial, Cuzco, 2010, ps. 33-34.

—junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este PCI, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la Convención, se tiene en cuenta únicamente el PCI que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible (art. 2.1).

IX.1.a. ¿Cuáles son los ámbitos o manifestaciones del PCI?

Las manifestaciones en que puede darse ese PCI son (art. 2.2):

— *Tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del PCI (34)*: este ámbito abarca una inmensa variedad de formas habladas, como proverbios, adivinanzas, cuentos, canciones infantiles, leyendas, mitos, cantos y poemas épicos, sortilegios, plegarias, salmodias, canciones, representaciones dramáticas, etc. Las tradiciones y expresiones orales sirven para transmitir conocimientos, valores culturales y sociales, y una memoria colectiva. Son fundamentales para mantener vivas las culturas.

— *Artes del espectáculo (35)*: van desde la música vocal o instrumental, la danza y el teatro hasta la pantomima, la poesía cantada y otras formas de expresión.

— *Usos sociales, rituales y actos festivos (36)*: su importancia radica en que reafirman la identidad de quienes los practican en cuanto gru-

po o sociedad y, tanto si se practican en público como en privado, están estrechamente vinculados con acontecimientos significativos. Están íntimamente relacionados con la visión del mundo, la historia y la memoria de las comunidades. Sus manifestaciones pueden ir desde pequeñas reuniones hasta celebraciones y conmemoraciones sociales de grandes proporciones. Cada uno de estos “subámbitos” es vasto, pero tienen muchos puntos en común.

— *Conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo (37)*: estos modos de pensar el universo, que se expresan en el lenguaje, la tradición oral, el sentimiento de apego a un lugar, la memoria, la espiritualidad y la visión del mundo, influyen muy considerablemente en los valores y creencias y constituyen el fundamento de muchos usos sociales y tradiciones culturales.

Este ámbito comprende numerosos elementos como, por ejemplo, los conocimientos ecológicos tradicionales, los saberes de los pueblos indígenas, los conocimientos sobre la fauna y flora locales, las medicinas tradicionales, etcétera.

— *Técnicas artesanales tradicionales (38)*: la artesanía tradicional es acaso la manifestación más tangible del PCI. No obstante, la Convención de 2003 se ocupa sobre todo de las técnicas y conocimientos utilizados en las actividades artesanales, más que de los productos de la artesanía propiamente dichos.

IX.1.b. ¿Qué se entiende por salvaguardia?

El concepto de salvaguardia viene a sustituir el clásico de conservación, que implica preservar un bien cultural de las amenazas directas que pueden dañarlo; en cambio, la idea y la práctica de la salvaguardia se refiere a la preservación de las condiciones que se revelan fundamentales para la vida de una expresión cultural (39).

(34) P. ej., la *hikaye palestina*, inscrita en 2008 en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad.

(35) P. ej., la Samba de Roda de Recôncavo de Bahía.

(36) P. ej., el carnaval de Binche, Bélgica, inscrito en 2008 en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad.

(37) P. ej., la cosmovisión andina de los *kallawayas*. Estado Plurinacional de Bolivia.

(38) P. ej., el *kris indonesio*. Indonesia. Inscrito en 2008 en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad (originalmente proclamado en 2005).

(39) GASPARINI, Lucía, ob. cit., p. 9.

La Convención entiende por salvaguardia a las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del PCI, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión —básicamente a través de la enseñanza formal y no formal— y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos (art. 2.3). Da a entender claramente que el objetivo principal de la Convención es garantizar la viabilidad a largo plazo del patrimonio inmaterial dentro de las comunidades o grupos.

IX.2. Órganos de la Convención

— Asamblea General de los Estados parte

También llamada “la Asamblea General” y es el órgano soberano de la Convención. Pueden participar con derecho de voto los representantes de todos los Estados parte en la Convención.

— Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del PCI

El Comité es el responsable ante la Asamblea General, a la que da cuenta de todas sus actividades y decisiones (art. 8.1). Tiene como funciones (art. 7º): a) Promover los objetivos de la Convención y fomentar y seguir su aplicación; b) Brindar asesoramiento sobre prácticas ejemplares y formular recomendaciones sobre medidas encaminadas a salvaguardar el PCI; c) Preparar y someter a la aprobación de la Asamblea General un proyecto de utilización de los recursos del Fondo para la salvaguardia del PCI; d) Buscar las formas de incrementar sus recursos y adoptar las medidas necesarias a tal efecto; e) Preparar y someter a la aprobación de la Asamblea General directrices operativas para la aplicación de la Convención; f) Examinar los informes de los Estados partes y elaborar un resumen de ellos destinado a la Asamblea General; g) Examinar las solicitudes que presenten los Estados parte y decidir acerca de: i) Las inscripciones en la Lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad, Lista del patrimonio cultural inmaterial que requiere medidas urgentes de salvaguardia y en los programas, proyectos y actividades de salvaguardia del PCI; ii) La prestación de asistencia internacional; h).— Crear, con carácter tran-

sitorio, los órganos consultivos *ad hoc* que estime necesarios para el desempeño de sus funciones (art. 8.3).

El Comité, al igual que la Asamblea General, está secundado por la Secretaría de la UNESCO. Actualmente asume la función de Secretaría la Entidad del Patrimonio Vivo de la UNESCO.

IX.3. Salvaguardia del PCI en el plano nacional

— Funciones de los Estados parte

La función primordial de cada Estado parte es adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del PCI presente en su territorio, debiendo para ello, fundamentalmente, identificar y definir los distintos elementos del PCI presentes en él, con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes (art. 11).

Por identificación se entiende el proceso consistente en describir uno o varios elementos específicos del PCI en su contexto propio y distinguirlos de los demás. A esto en la Convención se le llama “confeccionar un inventario”.

— Inventarios. Identificar para salvaguardar

La Convención es un documento permisivo, ya que la mayoría de sus artículos están redactados en términos no preceptivos y los gobiernos pueden aplicarlos con flexibilidad. Sin embargo, la confección de inventarios es una de las obligaciones específicas enunciadas en la Convención y en las Directrices Operativas para su aplicación.

Establece que, para asegurar la identificación con fines de salvaguardia, cada Estado parte debe confeccionar uno o varios inventarios del modo que estimen pertinente del PCI presente en su territorio, debiéndose actualizar regularmente (art. 12.1).

También obliga la Convención a que cada Estado parte dé información en relación con esos inventarios al presentar su informe periódico al Comité sobre las disposiciones legislativas, reglamentarias o de otra índole que hayan adoptado para aplicar la Convención (art. 12.2).

— *Participación de las comunidades, grupos e individuos*

En el marco de sus actividades de salvaguardia del PCI, cada Estado parte debe tratar de lograr una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y, si procede, los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo (art. 15), especialmente en la identificación y definición de los distintos elementos del PCI presentes en su territorio; la confección de inventarios; la elaboración y ejecución de programas, proyectos y actividades; la preparación de expedientes de candidatura de elementos para su inscripción en las listas; y la exclusión de un elemento del PCI de una lista o su traspaso de una lista a la otra (Directrices Operativas capítulo III). Esto es así porque las comunidades que utilizan en la práctica el PCI están en mejores condiciones que nadie para identificarlo y salvaguardarlo.

— *Otras medidas de salvaguardia*

Conforme al art. 13 de la Convención, y sin perjuicio de lo expuesto, para asegurar la salvaguardia, el desarrollo y la valorización del PCI presente en su territorio, cada Estado parte debe hacer todo lo posible por adoptar una política general encaminada a realzar la función del PCI en la sociedad y a integrar su salvaguardia en programas de planificación; designar o crear uno o varios organismos competentes para la salvaguardia del PCI presente en su territorio; fomentar estudios científicos, técnicos y artísticos, así como metodologías de investigación, para la salvaguardia eficaz del PCI, y en particular del que se encuentre en peligro; adoptar las medidas de orden jurídico, técnico, administrativo y financiero adecuadas para: i) favorecer la creación o el fortalecimiento de instituciones de formación en gestión del PCI, así como la transmisión de este patrimonio en los foros y espacios destinados a su manifestación y expresión; ii) garantizar el acceso al PCI; iii) crear instituciones de documentación sobre el PCI y facilitar el acceso a ellas.

— *Educación, sensibilización y fortalecimiento de capacidades*

Según el art. 14 cada Estado parte debe intentar por todos los medios oportunos, entre otras

cosas, asegurar el reconocimiento, el respeto y la valorización del PCI en la sociedad; mantener al público informado de las amenazas que pesan sobre ese patrimonio; y promover la educación sobre la protección de espacios naturales y lugares importantes para la memoria colectiva, cuya existencia es indispensable para que el PCI pueda expresarse.

IX.4. Salvaguardia del PCI y desarrollo sostenible en el plano nacional (40)

Tal como se dijera, el PCI puede contribuir eficazmente al desarrollo sostenible junto con sus dimensiones económica, social y ambiental (41).

Sobre la base de esto, los Estados parte deben reconocer la importancia del PCI y valorizar su función de impulsor y garante del desarrollo sostenible. En este sentido, una de las medidas a adoptar puede ser la adopción de medidas jurídicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas, en particular mediante la aplicación de los derechos de propiedad intelectual, del derecho al respeto de la vida privada y de cualquier otra forma apropiada de protección jurídica, a fin de amparar debidamente los derechos de las comunidades, grupos e individuos creadores, poseedores y transmisores de su PCI cuando realicen actividades de sensibilización a ese patrimonio suyo o emprendan actividades comerciales con él.

También una acción esencial es velar porque sus planes y programas de salvaguardia tengan un carácter plenamente inclusivo y abarquen al conjunto de los sectores y estratos de la sociedad, comprendidos los pueblos indígenas, emigrantes, inmigrantes, refugiados, personas de diferentes edades y género, personas discapacitadas y miembros de grupos vulnerables (conf. el art. 11 de la Convención).

(40) Para profundizar el tema se deben consultar las Directrices Operativas de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, cap. VI.

(41) UNESCO, "Patrimonio cultural inmaterial y desarrollo sostenible", Kit Patrimonio Cultural, París, 2010, p. 3.

IX.5. Salvaguardia del PCI en el plano internacional

De manera similar a la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Natural y Cultural, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial estableció un sistema de dos listas para hacer visible el PCI: la lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad y la Lista del patrimonio cultural inmaterial que requiere medidas urgentes de salvaguardia.

— Lista representativa del PCI de la humanidad

Se trata de una lista que creó el Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, a propuesta de los Estados parte interesados, y que debe mantener actualizada y hacer pública. El objetivo de esta lista es dar a conocer mejor el PCI, lograr que se tome mayor conciencia de su importancia y propiciar formas de diálogo que respeten la diversidad cultural (art. 16.1).

— Lista del PCI que requiere medidas urgentes de salvaguardia

La Lista del Patrimonio Cultural Inmaterial que requiere medidas urgentes de salvaguardia se compone de elementos del PCI que las comunidades y los Estados parte consideran que necesitan medidas de salvaguardia urgentes para asegurar su trasmisión. Las inscripciones en esta Lista contribuyen a movilizar la cooperación y la asistencia internacionales para que los actores interesados puedan tomar medidas de salvaguardia adecuadas.

Según las Directrices Operativas, ningún elemento puede estar inscripto simultáneamente en la lista del patrimonio que requiere medidas urgentes de salvaguardia y en la lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad. Un Estado parte puede pedir que se traspace un elemento de una lista a la otra. También uno o más Estados parte pueden pedir que se modifique la denominación con la que está inscripto un elemento.

— Programas, proyectos y actividades de salvaguardia del PCI

Basándose en las propuestas presentadas por los Estados parte, el Comité selecciona —con-

forme a criterios establecidos por las Directrices Operativas— periódicamente y promueve los programas, proyectos y actividades de ámbito nacional, subregional o regional para la salvaguardia del patrimonio que a su entender reflejan del modo más adecuado los principios y objetivos de la Convención, teniendo en cuenta las necesidades particulares de los países en desarrollo y al principio de distribución geográfica equitativa (conf. art. 18).

IX.6. Cooperación y asistencia internacionales

A fin de alcanzar sus objetivos con más eficiencia, la Convención establece mecanismos de cooperación y asistencia internacional, en particular por conducto del Fondo del Patrimonio Cultural Inmaterial, concediéndose prioridad a la salvaguardia del patrimonio que figura en la Lista de Salvaguardia Urgente y a la confección de inventarios (conf. cap. I de las Directrices Operativas).

— Cooperación

La cooperación internacional comprende en particular el intercambio de información y de experiencias, iniciativas comunes, y la creación de un mecanismo para ayudar a los Estados parte en sus esfuerzos encaminados a salvaguardar el PCI (art. 19).

— Objetivos de la asistencia internacional

La Convención establece en forma enunciativa y no taxativa que la asistencia internacional puede otorgarse para salvaguardar el patrimonio que figure en la lista de elementos del PCI que requieren medidas urgentes de salvaguardia; confeccionar inventarios; prestar apoyo a programas, proyectos y actividades de ámbito nacional, subregional y regional destinados a salvaguardar el PCI; y cualquier otro objetivo que el Comité juzgue oportuno (art. 20).

— Formas de asistencia internacional

La asistencia que el Comité otorgue a un Estado parte se rige por las Directrices Operativas y por el acuerdo mencionado en el art. 24, y puede consistir en estudios relativos a los diferentes aspectos de la salvaguardia; servicios de expertos; formación de todo el personal necesario; elaboración de medidas normativas o de otra

índole; creación y utilización de infraestructuras; aporte de material y de conocimientos especializados; y otras formas de ayuda financiera y técnica, lo que puede comprender, si procede, la concesión de préstamos a interés reducido y las donaciones (art. 21).

— *Solicitudes y requisitos para la prestación de asistencia internacional*

Cada Estado parte, o dos o más Estados parte en conjunto, puede presentar al Comité una solicitud de asistencia internacional para la salvaguardia del PCI presente en su territorio (art. 23).

De acuerdo con las Directrices Operativas, al examinar las solicitudes de asistencia internacional el Comité debe tener en cuenta el principio de distribución geográfica equitativa y las necesidades especiales de los países en desarrollo pudiendo, igualmente y entre otras cosas, tener en cuenta si la asistencia puede tener un efecto multiplicador y fomentar contribuciones financieras y técnicas procedentes de otras fuentes.

La asistencia internacional puede concederse en situaciones de urgencia, considerándose que existe tal situación cuando un Estado parte se halle en la incapacidad de superar por sí solo una situación ocasionada por una catástrofe, un desastre natural, un conflicto armado, una epidemia grave o cualquier otro fenómeno natural o provocado por el hombre que tengan graves consecuencias para el PCI (Directrices Operativas I.14.50).

— *Papel de los Estados parte beneficiarios*

La asistencia internacional que se conceda se rige por un acuerdo entre el Estado parte beneficiario y el Comité. El primero deberá contribuir, en la medida en que lo permitan sus medios, a sufragar las medidas de salvaguardia para las que se otorga la asistencia internacional, debiendo presentar al Comité un informe sobre la utilización de la asistencia que se le haya concedido (art. 24).

IX.7. Fondo para la salvaguardia del PCI

La Convención establece un Fondo para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial al que denomina “el Fondo” y está constitui-

do como fondo fiduciario de conformidad con las disposiciones del reglamento financiero de la UNESCO. Habida cuenta de que el Fondo es alimentado por múltiples donantes, se administra como una Cuenta Especial (art. 1º del Reglamento Financiero de la Cuenta Especial del Fondo para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial).

¿Cuáles son los recursos de los que se compone ese fondo? Surge del art. 25 de la Convención y del art. 4º del Reglamento Financiero de la Cuenta Especial del Fondo para la Salvaguardia del PCI en su art. 4º: a) las contribuciones de los Estados parte; b) los recursos que la Conferencia General de la UNESCO destine a tal fin; c) los aportes, donaciones o legados que puedan hacer otros Estados; organismos y programas del sistema de las Naciones Unidas u otras organizaciones internacionales; y organismos públicos o privados o personas físicas; d) todo interés devengado por los recursos del Fondo; e) el producto de las colectas y la recaudación de las manifestaciones organizadas en provecho del Fondo; f) todos los demás recursos autorizados por el Reglamento del Fondo elaborado por el Comité.

¿Cómo se utilizan esos recursos por el Comité? De acuerdo con las orientaciones que formule al respecto la Asamblea General. Las Directrices Operativas (II.1) establecen que los recursos del fondo se deben utilizar, principalmente, para prestar asistencia internacional. Sin perjuicio de ello, también pueden utilizarse esos recursos para reaprovisionar el Fondo de Reserva mencionado en el art. 6º del Reglamento Financiero y que sirve para atender las solicitudes de asistencia en casos de extrema urgencia; respaldar las demás funciones del Comité; sufragar los gastos de participación de representantes de Estados en desarrollo miembros del Comité en las reuniones de este, pero no miembros del Comité; sufragar los costos de los servicios consultivos que pudieran prestar, a petición del Comité, ONG, entidades sin fines de lucro, organismos públicos o privados y personas particulares; y sufragar los gastos de participación de organismos públicos o privados y de personas particulares, especialmente miembros de comunidades y grupos que el Comité haya invitado a sus reuniones para consultarles sobre asuntos específicos.

El Comité puede aceptar contribuciones o asistencia de otra índole que se le ofrezca con fines generales o específicos, ligados a proyectos concretos, siempre y cuando esos proyectos cuenten con su aprobación.

Lo que sí aclara la Convención es que las contribuciones al Fondo no pueden estar su-peditadas a condiciones políticas, económicas ni de otro tipo que sean incompatibles con los objetivos perseguidos por la Convención (art. 25.6 y Directrices Operativas II.2.72), como así tampoco con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes, los imperativos del desarrollo sostenible o las exigencias de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos. La Secretaría podrá decidir que se sometan al examen del Comité casos específicos de contribuciones (Directrices Operativas II.2.2.73).

— *Contribuciones de los Estados parte al Fondo*

Sin perjuicio de cualquier otra contribución complementaria de carácter voluntario, los Estados parte en la Convención están obligados (conf. art. 26) a ingresar en el Fondo, cada dos años por lo menos, una contribución cuya cuantía, calculada a partir de un porcentaje uniforme aplicable a todos los Estados, será determinada por la Asamblea General. Ningún Estado parte que esté atrasado en el pago de su contribución obligatoria o voluntaria para el año en curso y el año civil inmediatamente anterior podrá ser elegido miembro del Comité.

— *Campañas internacionales de recaudación de fondos*

En la medida de lo posible, los Estados parte deben prestar su concurso a las campañas internacionales de recaudación que se organicen en provecho del Fondo bajo los auspicios de la UNESCO (art. 28 y Directrices Operativas II.2.71).

IX.8. Presentación de Informes

— *Informes de los Estados parte al Comité*

Los Estados parte tienen la obligación de presentar al Comité informes periódicos sobre las disposiciones legislativas, reglamentarias o de otra índole que hayan adoptado en el plano na-

cional para aplicar la Convención (art. 29), en particular, y entre otras, conforme las Directrices Operativas (42), sobre la confección de inventarios del PCI presente en su territorio.

A su vez, el Estado parte debe informar acerca de las disposiciones que haya adoptado en los planos bilateral, subregional, regional e internacional para aplicar la Convención, comprendidas las medidas de cooperación internacional como el intercambio de información y de experiencias, así como las otras iniciativas comunes a las que se hace referencia en el art. 19 de la Convención.

El Estado parte también debe informar acerca del estado actual de todos los elementos del PCI presentes en su territorio que estén inscritos en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad, en los que se indicarán para cada elemento, entre otras cosas, sus funciones sociales y culturales y la participación de las comunidades, grupos, individuos y organizaciones no gubernamentales pertinentes en la salvaguardia del elemento, la persistencia de su voluntad de seguir salvaguardándolo, el contexto institucional del elemento inscrito (en particular sobre el organismo competente que participa en su gestión y/o salvaguardia y la organización de la comunidad o el grupo a las que conciernen el elemento y su salvaguardia).

También las Directrices Operativas disponen que los Estados parte tienen el deber de responder las peticiones concretas de información complementaria que les remita el Comité.

¿Cuándo deben presentarse los informes? A más tardar el 15 de diciembre cada seis años con base en una rotación región por región (Directrices Operativas V.1.152).

La misma obligación tienen respecto a los elementos inscritos en la Lista del Patrimonio Cultural Inmaterial que requiere medidas urgentes de salvaguardia, variando el plazo de presentación: Normalmente a más tardar el 15 de diciembre del cuarto año siguiente a aquel en que se haya inscrito el elemento y luego cada cua-

(42) Cap. V.

trienio, pudiendo establecerse un calendario específico distinto.

— *Informes del Comité*

De acuerdo con lo previsto en el art. 30 de la Convención, y basándose en sus actividades y en los informes de los Estados parte ya mencionados, el Comité debe presentar un informe en cada reunión de la Asamblea General quien, a su vez, debe poner ese informe en conocimiento de la Conferencia General de la UNESCO.

X. Principios éticos para la Salvaguardia del PCI

Fueron aprobados por el Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del PCI en 2015 inspirándose en el espíritu de la Convención del 2003, así como en los instrumentos normativos internacionales que protegen los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas y pretenden servir de base para la elaboración de instrumentos y códigos éticos específicos, susceptibles de adaptarse a diferentes situaciones locales y sectoriales.

Los principios son los siguientes:

1) Las comunidades, grupos e individuos deberán ser los que desempeñen la función primordial en la salvaguardia de su propio PCI.

2) Se deberá respetar y reconocer el derecho de las comunidades, grupos e individuos a seguir ejerciendo las prácticas, representaciones, expresiones, competencias especializadas y conocimientos que se necesitan para garantizar la viabilidad del PCI.

3) En las interacciones de los Estados, así como en las de las comunidades, grupos e individuos deberán prevalecer tanto el respeto mutuo entre todos ellos como el respeto y aprecio recíprocos por su PCI respectivo.

4) Toda interacción con comunidades, grupos e individuos que crean, salvaguardan, mantienen y transmiten el PCI deberá caracterizarse por la transparencia en la colaboración, el diálogo, la negociación y las consultas que se lleven a cabo, y estará supeditada a su consentimiento libre, previo, continuo e informado.

5) Se deberá garantizar, incluso en casos de conflicto armado, el acceso de las comunidades, grupos e individuos a los instrumentos, objetos, artefactos, lugares de memoria y espacios culturales y naturales cuya existencia sea necesaria para expresar el PCI. Se deberán respetar plenamente los usos consuetudinarios que rigen el acceso a ese patrimonio, incluso cuando restrinjan dicho acceso al público en general.

6) Cada comunidad, grupo o individuo deberá evaluar el valor de su propio PCI, que además no tendrá que ser objeto de juicios externos sobre su valor o mérito.

7) Las comunidades, grupos e individuos que crean el PCI deberán beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de este, y más concretamente de los que se deriven de su utilización, así como de las actividades de investigación, documentación, promoción o adaptación realizadas por miembros de las comunidades u otros.

8) Se deberá respetar continuamente la naturaleza dinámica y viva del PCI. La autenticidad y exclusividad del PCI no deberán constituir motivos de preocupación ni obstáculos para su salvaguardia.

9) Las comunidades, los grupos, los individuos y las organizaciones locales, nacionales y transnacionales deberán evaluar cuidadosamente el impacto directo e indirecto, a largo y corto plazo, potencial y definitivo de toda acción que pueda afectar a la viabilidad del PCI o de las comunidades que lo practican.

10) Las comunidades, grupos y, si procede, individuos deberán desempeñar un papel importante no solo en la identificación de todos los factores que constituyen amenazas para su PCI —en particular su descontextualización, mercantilización y falsificación— sino también en la adopción de decisiones sobre la manera de prevenir y atenuar esos peligros.

11) Se deberán respetar plenamente la diversidad cultural y las identidades de las comunidades, grupos e individuos. En lo referente a los valores admitidos por las comunidades, grupos e individuos y a la sensibilidad

a las normas culturales, la concepción y aplicación de medidas de salvaguardia deberán incluir elementos que presten una especial atención a la igualdad de género, la participación de los jóvenes y el respeto por las identidades étnicas.

12) La salvaguardia del PCI es una cuestión de interés general para la humanidad y, por lo tanto, se deberá llevar a cabo mediante la cooperación entre partes bilaterales, subregionales, regionales e internacionales. No obstante, nunca se deberá disociar a las comunidades, grupos y, si procede, individuos, de su propio PCI.

XI. El PCI en el orden nacional argentino

La declaración del medio ambiente como patrimonio común de la humanidad ha llevado anexa la necesidad tanto a nivel internacional como nacional de determinar su modo jurídico de protección. La consideración de un derecho fundamental de la persona humana que tuviese como finalidad el acceso a un ambiente apropiado, trae como lógica consecuencia la necesidad de que el Estado lleve a cabo todas aquellas acciones susceptibles de asegurarle al hombre el goce efectivo de esta libertad fundamental (43).

Pero no hay duda de que, dentro de la tutela a este medio ambiente, o entorno como prefieren llamarlos algunos autores, también debe incluirse la tutela al patrimonio cultural: tal como dice Liliana Zendri, no hay desarrollo sin cultura, no hay cultura sin patrimonio cultural y no hoy patrimonio cultural sin tutela jurídica (44).

Esta línea ha adoptado el derecho ambiental contemporáneo de Argentina, tal como se refleja en el art. 41 de la CN, en la ley 25.675 General del Ambiente y la ley mendocina 5961, entre otras normas.

(43) SABSAY, Daniel A. - ONAINDIA, José Miguel, "La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994", Ed. Errepar, Buenos Aires, 1994, 1ª ed., p. 140.

(44) ZENDRI, Liliana, citada por VENINI, Juan Carlos, ob. cit., p. 290.

XII. La regulación del patrimonio cultural en el marco constitucional argentino

XII.1. La primera constitucionalización del patrimonio cultural

A partir de 1940 y hasta la reforma constitucional de 1994 no hay normas generales reguladoras del patrimonio cultural en la Argentina, y obviamente tampoco del PCI, más allá de las declaraciones particulares de patrimonialización que se hicieron.

En la Constitución Nacional del año 1949 se incluyó el capítulo III llamado *Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura*, que contenía en el art. 37 inc. IV, ap. 7 el siguiente texto: "Las riquezas artísticas e históricas, así como el paisaje natural, cualquiera que sea su propietario, forman parte del patrimonio cultural de la Nación y estarán bajo la tutela del Estado, que puede decretar las expropiaciones necesarias para su defensa y prohibir la exportación o enajenación de los tesoros artísticos. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica que asegure su custodia y atienda a su conservación".

Este fue la primera, constitucionalización del patrimonio cultural pero sus postulados no llegaron a plasmarse en ninguna norma infra constitucional (45).

XII.2. La reforma constitucional de 1994: nueva constitucionalización del patrimonio cultural

El derecho constitucional argentino contempla una definición amplia de ambiente a ser protegido, preservado y promovido en conjunto por la Nación y las Provincias. En consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia sobre el derecho ambiental proveen de las categorías de derechos colectivos e intereses difusos receptados constitucionalmente a través del amparo colectivo, que virtualmente trasladan el interés sobre los bienes del propietario individual a la colectividad y al propio Estado. Estos conceptos engloban prerrogativas e intereses que a su vez fundarán las limitaciones en el uso y en el

(45) LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), "El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica", Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1ª ed., 2017.

ejercicio de otros derechos individuales sobre la propiedad privada, elaborando mandatos especiales de conservación y protección más allá de aquellos generales que responden a la función social de la propiedad.

En los textos normativos de regulación y protección del patrimonio se da un espacio de confluencia entre estas nociones, propias del campo jurídico, con los conceptos y definiciones importados del campo patrimonial. Esto significa la modificación de sus sentidos originales, a la vez que condicionan las categorías creadas en el ordenamiento jurídico especial, dando forma y fundamento, pero también límites a los mecanismos y recursos por los que el Estado interviene o puede intervenir en el ejercicio de las facultades típicas de la propiedad privada (46).

Respecto de la intensidad de la tutela, es claro que la pretensión de la preservación del medio ambiente consagrada en el art. 41 de la CN no constituye una mera aspiración sino un auténtico derecho con la peculiaridad de que el sujeto destinatario de la pretensión es también —de alguna manera— su agente, en la medida en que debe asumir un activo protagonismo para que tal pretensión pueda efectivamente concretarse. Se está en presencia de un derecho que se alimenta con el correlativo deber, teniendo como consecuencia necesaria que no solo el Estado es quien debe velar (y responsabilizarse) por el medio ambiente sano, sino todos y cada uno de sus habitantes (47).

Este art. 41 prevé, en cuatro párrafos, la tutela del ambiente y del patrimonio cultural. El segundo párrafo establece el deber de las autoridades de proveer a la protección del derecho a un ambiente sano y equilibrado, aludiendo expresamente al patrimonio cultural y natural, como así también a la diversidad biológica, la información y educación ambientales. Si bien la interpretación mayoritaria entiende que la referencia a "autoridades" incluye a los tres niveles

(46) SUDAR KLAPPENBACH, L. – ROSS M., "Alcances teórico-conceptuales y jurídicos en la protección legal de los patrimonios privados. El caso del Fogón de los Arrieros (Chaco, Argentina)", RIIPAC, nro. 7, 2015, ps. 1-21.

(47) ROSATTI, Horacio, "Tratado de derecho constitucional", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, 1ª ed., t. I, p. 485.

estatales existentes en la Argentina, ello exige un análisis riguroso del sistema federal de competencias que rige en nuestro país.

Efectivamente, conforme al mismo, las provincias conservan para sí todo el poder no delegado expresamente en la Nación (art. 121, CN). De este principio se derivan diversas normas específicas, como aquella que establece que los recursos naturales pertenecen a las provincias (art. 124, CN), y la que establece como una facultad del Congreso Nacional dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales (art. 75, inc. 19, CN). Esta última previsión aporta cierta complejidad a la división competencial en materia de patrimonio cultural.

— Sustentabilidad cultural

El párr. 1º del art. 41 de la Ley Suprema nacional consagra la noción de desarrollo sostenible o sustentable plasmada en el Informe Bruntland: aquel desarrollo que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades.

Rosatti sostiene que la sustentabilidad presupone un inventario lúcido sobre lo que es valioso para las generaciones futuras. Este inventario no debe circunscribirse a activos o pasivos solamente materiales, sino que también debe abarcar elementos culturales que hacen a la idiosincrasia y permiten la identificación como comunidad nacional (48).

— Leyes de Presupuestos Mínimos en materia de patrimonio cultural en la Argentina

Ha sido discutida en doctrina la operatividad del párr. 3º del art. 41 de la CN respecto del patrimonio cultural, fundando la posibilidad de sanción de normas de presupuestos mínimos culturales en una delegación de las provincias al respecto de la consideración amplia de ambiente (49).

(48) ROSATTI, Horacio, "Consecuencias culturales...", p. 33.

(49) La fuente en la que se basó esta norma es el art. 149.1.23 de la Constitución española de 1978, que reserva

Así, y tal como sucede en otros ámbitos, en el caso de la legislación referida al patrimonio cultural, corresponde al Congreso dictarla en sus aspectos mínimos o básicos de tutela, de manera tal que la legislación referente a este patrimonio puede ser emanada de los órganos provinciales o locales. Mientras que hay una serie de normas de presupuestos mínimos sancionadas para la protección del ambiente, esta tarea esta aún hoy por hacerse en el caso del patrimonio cultural. No obstante, es posible individualizar algunas normas, insertas en leyes de protección general, dictadas al amparo de la cláusula del art. 75, inc. 19, de la CN, que, siendo emanadas de la autoridad central, contienen lineamientos mínimos de protección que deben ser aplicados por las provincias (50).

Un sector de la doctrina considera que las normas de presupuestos mínimos pueden estar contenidas en leyes que además posean normas de otra naturaleza (51). Levrant entiende que es posible rastrear normas que contienen elementos, instrumentos o principios que pueden ser considerados presupuestos mínimos de protección del patrimonio cultural en una futura legislación en la Argentina (52), tanto en el ámbito material como inmaterial, sin perjuicio de que existan elementos que pueden vincularse a un aspecto y no a otro. A continuación, se verán algunos de esos elementos comunes a las dos facetas del patrimonio cultural.

— *Inventario o registro de bienes culturales*

En la evolución internacional de la protección del patrimonio cultural, las naciones dieron a los archivos, inventarios o registros una importancia vital en esta búsqueda incesante de la seguridad del patrimonio cultural de los pueblos. Si existe una institución insoslayable en la protección del patrimonio cultural, esta es el registro. Ninguna convención multilateral sobre el

al Estado la competencia exclusiva de dictar "la legislación básica sobre protección del medio ambiente" atribuyendo a las Comunidades Autónomas la competencia para dictar normas "adicionales" de protección.

(50) LEVRANT, Norma E., ob. cit., p. 5.

(51) ESAÍN, José, "Competencias ambientales", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2008.

(52) LEVRANT, Norma E., ob. cit., p. 9.

tema dejó de señalar su importancia (53). Lo mismo sucede con las leyes en el orden interno argentino como, por ejemplo, la ley 25.197 crea el Régimen del Registro del Patrimonio Cultural; la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, a la que adhirió Argentina mediante ley 26.118; y el art. 10 de la ley 6034 mendocina que creó el Registro de los bienes del patrimonio cultural de la Provincia de Mendoza, que contiene el registro de los bienes del patrimonio cultural de la Provincia.

XII.3. ¿Puede considerarse la ley 25.675 una ley de presupuesto mínimo de protección del patrimonio cultural?

La respuesta es afirmativa. Según el art. 6º de esta ley, se entiende por presupuesto mínimo a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.

Se vio que cuando se hace referencia al ambiente, se incluyen a los recursos culturales que lo componen como un subsistema (54). Por lo que esta ley puede considerarse una ley de presupuestos mínimos de protección del patrimonio cultural, aunque pueden incorporarse los puntos mencionados anteriormente.

También se establece como objetivo de la política ambiental nacional el fomento de la participación social en los procesos de toma de decisión referidos a los recursos ambientales. Esto se complementa con lo dispuesto por la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en sus arts. 11 inc. b) y 15.

(53) CALABRESE, Antonio, ob. cit., p. 86.

(54) También lo ha sostenido la jurisprudencia. Ver fallo "García, María Teresa c. Municipalidad de San Isidro s/ pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos", C. Cont. Adm., General San Martín, Buenos Aires; 13/10/2016.

Otro objeto de la política ambiental nacional, siempre conforme con el art. 2º de la ley, es prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo. Esto está íntimamente vinculado con el apartado II punto 5 inc. b) de la Recomendación sobre la Conservación de los Bienes Culturales que la Ejecución de Obras Públicas o Privadas pueda poner en Peligro.

Otro argumento que funda la posición sostenida es que este objetivo de la política ambiental nacional ve su correlación en el inc. a) del art. 5º de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural que dispone que cada uno de los Estados parte debe procurar la adopción de una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general, obligándose a no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural situado en el territorio de otros Estados parte en la Convención, entre las que se encuentran actividades antrópicas que puedan afectarlo.

Otro objetivo de la política ambiental nacional es organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a ella. En el mismo sentido, el art. 14 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial establece que Argentina, como Estado parte de la Convención, debe intentar por todos los medios oportunos asegurar el reconocimiento, el respeto y la valorización del PCI en la sociedad; mantener al público informado de las amenazas que pesan sobre ese patrimonio y de las actividades realizadas en cumplimiento de la Convención y promover la educación sobre la protección de espacios naturales y lugares importantes para la memoria colectiva, cuya existencia es indispensable para que el PCI pueda expresarse.

Por su parte, el art. 4º de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural dispone que cada uno de los Estados parte reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, le incumbe pri-

mordialmente. En el mismo sentido, el art. 27 de ese instrumento legal compromete a cada uno de los Estados parte, por todos los medios apropiados, y sobre todo mediante programas de educación y de información, harán todo lo posible por estimular en sus pueblos el respeto y el aprecio del patrimonio cultural y natural; y se obligan a informar ampliamente al público de las amenazas que pesen sobre ese patrimonio y de las actividades emprendidas en aplicación de la presente Convención.

Zendri opina que se debe dictar una ley marco, pero respecto de los bienes del patrimonio cultural en sentido estricto, sin analizar el contenido que corresponda a la ley 25.675. Según la autora, en el ordenamiento argentino hay falta de sistematización en la cuestión patrimonial (55). Esta última se comparte no obstante la postura expresada de que la Ley General del Ambiente funciona como una ley de presupuestos mínimos de protección del patrimonio cultural.

— Operatividad de sus disposiciones

Como toda ley de presupuesto mínimo de protección ambiental, esta ley rige en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, operativas y se deben utilizar 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. 3º).

Entre la legislación específica sobre patrimonio cultural se encuentra la ley 21.836 que aprobó la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (referida, además del patrimonio natural, al patrimonio cultural material o tangible) y la ley 26.118 que aprobó la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (referida, justamente, al PCI o intangible), entre otras.

Asimismo, y en el mismo sentido, el art. 3º de esta última Convención establece que ninguna

(55) ZENDRI, Liliana, "La protección del patrimonio cultural de Argentina. De la legislación patrimonial a la consagración de un nuevo derecho", *Derecho y Ciencias Sociales*, nro. 16 (*Temas relativos al desarrollo regional y local*), Ed. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJyS, UNLP, abril 2017, ps. 40-55.

disposición de ese instrumento puede ser interpretada de tal manera que modifique el estatuto o reduzca el nivel de protección de los bienes declarados patrimonio mundial a los que esté directamente asociado un elemento del PCI; o afecte los derechos y obligaciones que tengan los Estados parte en virtud de otros instrumentos internacionales relativos a los derechos de propiedad intelectual o a la utilización de los recursos biológicos y ecológicos de los que sean partes.

¿Esto último hace que las leyes que adhieren a las Convenciones sean de presupuesto mínimo de protección del patrimonio cultural? La respuesta es negativa.

— *Principios de la política ambiental aplicables al PCI*

La interpretación y aplicación de esta ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, están sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:

Principio de congruencia: esto significa que la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la esta ley; en caso de que así no fuere, este prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

Principio de prevención: las causas y las fuentes de los problemas ambientales deben atenderse en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

Esta función preventiva de preservación ambiental, se cumple por la acción de la Administración y se puede hacer efectiva también por la autoridad jurisdiccional a partir de los requerimientos que los particulares insten y que brindan un remedio eficaz en el campo de la preservación ambiental preventiva (56).

La aplicación de este principio en el patrimonio cultural material surge claramente del art. 4º de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural. Allí se es-

tablece que cada Estado parte reconoce que la obligación de proteger y conservar el patrimonio cultural que existe en su territorio le incumbe primordialmente. Debe entenderse que la protección a la que se refiere es aquella contra los efectos negativos que sobre ellos se puedan producir. Asimismo, en el art. 5º sugiere una serie de medidas para que la protección y conservación sea eficaz, entre las que se encuentra el desarrollo de los estudios e investigación científica y técnica y perfeccionamiento de los métodos de intervención que permitan a un Estado hacer frente a los peligros que amenacen su patrimonio cultural.

Principio precautorio: cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información (que podrá deberse a negligencia de la parte, del tribunal o del estado de la misma ciencia) o certeza científica (las conclusiones obtenidas no cuentan con un reconocimiento en el ámbito científico o los experimentos realizados resultan contradictorios) no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente. Este principio tiene su correlato en el art. 11.a de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

Principio de equidad intergeneracional: los responsables de la protección ambiental deben velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras. Este principio está reconocido por la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (art. 2.1).

Principio de progresividad: los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

Principio de responsabilidad: el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan. Un ejemplo de ello es lo establecido por el art. 8º de la ley 12.665 que responsabiliza por el ocul-

(56) MATHUS ESCORIHUELA (dir.), "Derecho ambiental y de los recursos naturales", Mendoza, 2006, p. 36.

tamiento, destrucción, alteración, transferencia o gravamen, exportación o cualquier otro acto material o jurídico practicado sobre bienes protegidos y lo sanciona con multa.

Principio de subsidiariedad: el Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales. Esto tiene su correlato con la necesidad de participación de la comunidad, grupos o individuos vinculados al PCI establecida en la Convención de 2003.

Principio de sustentabilidad: el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deben realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

Si bien esta referido a los recursos naturales, no hay obstáculo alguno para que también sea aplicable a los recursos culturales.

Principio de solidaridad: la Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

Principio de cooperación: los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta.

La ley también establece que los distintos niveles de gobierno deben integrar en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la ley.

— *La evaluación de impacto ambiental y el sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas*

Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el am-

biente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución (art. 11). Se debería tener en cuenta la elaboración de una evaluación de impacto cultural que obras públicas o privadas o eventos de cualquier naturaleza y de gran envergadura puedan tener sobre el PCI de una comunidad.

— *Participación ciudadana*

La ley 25.675 establece en su art. 19 que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general. Se entiende que esto también debe alcanzar a los recursos culturales que conformar el ambiente y cuya protección se busca.

Las autoridades deben institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente (art. 20), no siendo vinculante la opinión u objeción de los participantes para las autoridades convocantes; pero en caso de que estas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública.

La participación ciudadana debe 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 (art. 21).

No obstante, estas instancias no son las únicas en que debe asegurarse la participación ciudadana. La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial dice en su art. 15 que, en el marco de sus actividades de salvaguardia del PCI, cada Estado parte debe tratar de lograr una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y, si procede, los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión de este. Esto respondiendo al obje-

tivo de la política ambiental nacional referido al fomento de la participación social en los procesos de toma de decisión vinculados a los recursos ambientales.

El asunto de la participación ciudadana está íntimamente vinculado al acceso a los bienes culturales. Al respecto, el art. 15, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que goza de jerarquía constitucional en la Argentina, establece que la Nación reconoce el derecho que toda persona tiene a participar de la vida cultural. En igual sentido el art. XIII de la Convención Interamericana de los Derechos y Deberes del Hombre. Es el derecho humano a la cultura y así lo revelan las convenciones internacionales referentes a patrimonio cultural.

En el ámbito interno, Mendoza cuenta con el decreto 1882/2009 que en su art. 24, inc. b), punto IV garantiza el acceso al patrimonio inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio.

La garantía de acceso justifica, también, la preservación de los bienes a fin de que las generaciones presentes y futuras puedan gozar de ellos. El acceso se configura como una característica intrínseca de los bienes del patrimonio cultural. Por ello, la tutela del mismo como un presupuesto mínimo de protección resulta relevante.

XIII. El PCI en la provincia de Mendoza

XIII.1. Brevisima reseña histórica de la protección del patrimonio cultural

A diferencia de otras constituciones provinciales, la mendocina no contiene norma alguna referida al patrimonio cultural, a la cultura o al ambiente en general (más allá de disposiciones sobre recursos naturales específicos). Tampoco la tuvo la Constitución de 1854.

No obstante, la Constitución provincial de 1949 sí contuvo algunas referencias al desarrollo cultural: el art. 44 dispuso que cada habitante de la Provincia tenía la obligación de realizar una actividad o función que contribuyera al desarro-

llo cultural de la colectividad; el art. 52 dispuso que todo habitante tenía el deber de defender el desarrollo de la cultura autóctona; el art. 57 procuraba desgravar las actividades culturales; el art. 230 establecía que las leyes que organizaran y reglamentaran la educación debían sujetarse a las bases de que la educación integral tendería al perfeccionamiento de la personalidad del educando para promover la tradición nacional y de la educación regional, que consideraría especialmente el ambiente natural en que viven los educandos y sus familias para tender a su progreso. Esta Constitución quedó sin efecto en 1956 y desaparecieron estas disposiciones, volviendo a la ausencia de referencia alguna a la cultura.

Respecto del régimen del patrimonio cultural, al decir de Ponte (57), tal idea no existía a mediados del siglo XX, sino que ella surgió a comienzos de la década de 1980 partir de la intención del gobierno de facto provincial de demoler el antiguo edificio de la escuela Patricias Mendocinas y el jardín de infantes Merceditas, ubicados en la Ciudad de Mendoza, para construir un nuevo edificio.

Previo dictado de algunas leyes en materia de expresiones culturales, por dec. 1355 del 12 de junio de 1989 se creó en jurisdicción de la Subsecretaría de Cultura el Comité Asesor del Patrimonio Cultural y Natural de Mendoza. Ese mismo día el gobernador de la Provincia dictó el dec. 1357 que dispuso conservar los documentos que hayan cumplido el ciclo vital y estén en condiciones de ser eliminados, para que la, por aquel entonces, Dirección de Patrimonio, Museos y Biblioteca sea comunicada de ello y el Archivo Histórico proceda a evaluar y seleccionar aquellos que posean valor histórico.

De aquel Comité surgió un marcado interés en elaborar una norma legal en salvaguardia de los intereses de tantos bienes tradicionales de la provincia ya que no existía entonces una norma marco de protección del patrimonio cultural.

(57) PONTE, Jorge R., "El patrimonio tangible de los mendocinos", en ROIG, Arturo - SATLARI, María Cristina (comp.), *Mendoza, Identidad, Educación y Ciencias, Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza*, Ed. Culturales de Mendoza, 2007, ps. 49-104.

Así, en 1993 se sancionó la ley 6034 actualmente vigente, que fue modificada en 1994 por la ley 6133 que creó el Consejo Provincial del Patrimonio Cultural.

Ya en el año 1992, la Legislatura provincial había sancionado también la ley 5961 de Preservación del Medio Ambiente. De acuerdo con esta ley, la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente comprende, entre otras acciones, la creación, protección, defensa y mantenimiento de cualquier espacio que pueda contener elementos culturales o paisajes y que merezca ser sujeto a un régimen de especial gestión y administración.

Conforme al art. 16, la ley se aplica para la defensa jurisdiccional de los intereses difusos y los derechos colectivos, brindando protección a esos fines al medio ambiente, a la conservación del equilibrio ecológico, los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos y de cualesquiera otros bienes que respondan en forma idéntica a necesidades comunes de grupos humanos a fin de salvaguardarla calidad de la vida social. Se ve aquí que se incorpora al patrimonio cultural como objeto de protección jurisdiccional.

Para formalizar la solicitud de declaratorias de bienes del patrimonio cultural de la Provincia, se sancionó la ley 6914 del 24 de junio de 2001, que modifica el capítulo V, art. 15 de la Ley de Patrimonio, especificando los antecedentes que debe reunir la tramitación (58). Ya en el año 2009 se dictó el dec. regl. 1882/2009.

XIII.2. Ley 6034

Fue sancionada el 10 de junio de 1993 y publicada en el boletín oficial provincial el día 10 de agosto del mismo año. Actualmente es la ley marco que rige la protección del patrimonio cultural de Mendoza únicamente en su aspecto material. No contiene normas referidas al PCI, aunque sí se refiere a él el dec. regl. 1882/2009.

(58) RUIZ, María Cristina (recop.), "Patrimonio cultural", Ed. Culturales de Mendoza, Mendoza, 2005, ps. 77-78.

— Bienes protegidos. Solo patrimonio cultural material

La norma establece que todos los bienes que integran el patrimonio cultural de la Provincia, por su valor documental y cronológico, deben ser conservados como testimonio para el conocimiento y desarrollo cultural (art. 2º).

En primer lugar, cabe decir que la ley indudablemente se refiere única y exclusivamente al patrimonio material ya que presupone que todos los bienes que integran el acervo patrimonial provincial poseen un valor documental y cronológico. En caso de que quiera incorporarse la protección del PCI, debe quitarse la referencia al valor documental y cronológico de los bienes patrimoniales ya que no todos implican una materialidad: el caso de las manifestaciones intangibles o inmateriales carecen de la materialidad que la palabra documento refiere, faltándole a ellas ese valor documental.

Considera integrantes del patrimonio cultural mendocino a todos aquellos bienes trascendentes que material o culturalmente reportan un interés antropológico, histórico, arqueológico, artístico, artesanal, monumental, científico y tecnológico, que significan o pueden significar un aporte relevante para el desarrollo cultural de Mendoza, que se encuentren en el territorio de la provincia, o ingresen a él, cualquiera fuere su propietario, luego de su declaración como tales por la autoridad de aplicación (art. 3º).

No se entiende a qué se refiere el artículo cuando declara que los bienes deben reportar un interés en forma material o cultural. ¿Qué quiere decir culturalmente? Esta fue una modificación que introdujo la ley 6133, ya que tanto el proyecto original presentado por los legisladores Ferllen y Greco, como la ley 6034 en su redacción original, establecían, en lugar de "culturalmente", la palabra "espiritualmente". Ahí no caben dudas de que se referían a aquellos bienes que manifestaban un interés en forma inmaterial o intangible. No puede entenderse que la forma actual signifique eso como así tampoco se entiende el motivo de la modificación. Nada dice el proyecto de la ley ni tampoco el diario de sesiones de la época.

A su vez, se ve aquí que la legislación mendocina se enrola en la postura de que la declaratoria como bien integrante del patrimonio cultural es constitutiva, es decir, que es a partir de su declaración que un elemento patrimonial adquiere protección, ya que dicha manifestación es la que produce su ingreso al universo patrimonial y no antes. En el art. 4º hace una enunciación de los bienes que pueden integrar el patrimonio cultural mendocino, sin dejar a dudas que, efectivamente, el objeto de protección y conservación de la ley es el patrimonio cultural material. No hay lugar en esta norma para el PCI.

XIII.3. Decreto reglamentario 1882/2009

Tal como se adelantara, este decreto establece los procedimientos y condiciones para la Gestión del Patrimonio Cultural de la Provincia. Contiene un anexo que forma parte del mismo donde se fijan esas normas. Al tratarse del decreto reglamentario de la ley 6034, se refiere al patrimonio cultural material, sin perjuicio de que contiene un capítulo referido al PCI.

— Disposiciones específicas para la salvaguardia del PCI

El decreto reglamentario destina el capítulo V del anexo a regular lo referido al PCI. Es muy pobre la regulación que hace limitándose, prácticamente, a la enumeración de las manifestaciones que lo conforman y a las funciones de la autoridad de aplicación, dejando una laguna referida a la declaración de los mismos, a las medidas de salvaguardia, a los registros e inventarios, al acceso, a la participación de las comunidades, entre otras cuestiones.

— Definición

El art. 23 dice que forman parte del PCI aquellos bienes tales como los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —juntos con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como testimonios significativos y auténticos de su cultura, luego de su declaratoria, teniendo en cuenta, y esto es en consonancia con la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, únicamente el PCI que sea compati-

ble con los instrumentos de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.

— Sobre los objetos materiales asociados o relacionados

Si los bienes inmateriales declarados patrimonio estuvieran asociados a bienes materiales, muebles o inmuebles, de manera intrínseca, condicionante o simbólica a los motivos que determinaron la declaratoria se deberán incluir en ella y se rigen por las disposiciones generales y las específicas contenidas en el decreto reglamentario para los objetos muebles o inmuebles, según se trate de unos o de otros (art. 25 del anexo I).

— ¿Cómo es la patrimonialización de las manifestaciones inmateriales en Mendoza?

De las disposiciones analizadas surge que la legislación mendocina exige, para que una manifestación sea incorporada al PCI, una declaración en tal sentido. Así lo exige el art. 1º del anexo I del decreto reglamentario al decir que forman parte del PCI aquellos bienes que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como testimonios significativos y auténticos de su cultura, luego de su declaratoria. La declaración en este sentido es de carácter constitutivo: Nada es PCI mendocino sino se lo declara como parte integrante de él.

Así, se entiende entonces que, aunque la ley 6034 no se refiere explícitamente al PCI, el decreto reglamentario de ella sí lo hace. Por ello, y al no regular el mecanismo de declaración, se debe recurrir a lo normado por la ley reglamentada como norma análoga al tema e integrar de esa manera el ordenamiento del patrimonio cultural mendocino, haciendo de esta manera un procedimiento de autointegración (59).

Por esto, para que una manifestación inmaterial integre el patrimonio cultural de la Provincia, rige el régimen del patrimonio cultural

(59) BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de derecho constitucional argentino", Ediar, Buenos Aires, 1981, 2ª ed., p. 52.

material en cuanto sea aplicable: debe ser declarado como tal por la Dirección de Patrimonio Cultural y Museos, por la Secretaría de Cultura y, en última instancia como órgano jerárquicamente superior, por el Gobernador de la Provincia mediante decreto, previo dictamen del Consejo Provincial del Patrimonio Cultural, sin que en este caso sea aplicable los requisitos exigidos para las solicitudes de declaración de aquellos bienes, pero requiriendo la participación de las comunidades interesadas.

Debe entenderse que esta es una interpretación tendiente a la integración del propio ordenamiento jurídico y, en última instancia, favorable a la salvaguardia del PCI. No obstante, la falta de regulación de la norma en lo relativo al tema, ha hecho que en Mendoza las declaraciones de manifestaciones como PCI se hayan hecho de otra manera: la ley 6806 que adhirió a la ley 24.684 que declaró al tango como patrimonio cultural de la Nación en todas sus manifestaciones artísticas tales como su música, letra, danza y representaciones plásticas alusivas; la Fiesta de la Vendimia fue declarada patrimonio cultural de la provincia por ley 6973 del año 2002; y la ley 7589 que declaró como patrimonio cultural a la tonada cuyana en todas sus manifestaciones artísticas (música, letra y otras representaciones de otras disciplinas que propendan a la difusión, investigación y promoción de ella). Ninguna de ellas contó con dictamen del Consejo Provincial del Patrimonio Cultural, como así tampoco establecieron mecanismos de salvaguardia.

— *¿Se aplica la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en Mendoza?*

Cabe recordar que la ley 26.118 fue la que adhirió a la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial del año 2003 y, por lo tanto, la hizo parte del derecho interno argentino. No obstante, la propia Convención en su art. 35 dispone que en los Estados parte que tengan un régimen constitucional federal, el gobierno federal comunicará sus disposiciones, con su dictamen favorable, a las autoridades competentes de las provincias para que estas las aprueben.

Mendoza no ha adherido ni aprobado esta norma y, por esto, llama la atención lo expresado en el art. 7° del decreto reglamentario 1882/2009 que dice que la Dirección de Patrimonio Cultural y Museos es la autoridad de aplicación de esa ley.

¿Qué efecto produce esta disposición entonces? Ninguna. Se trata de una desinteligencia normativa. Debe haberse previsto la adhesión en algún momento, pero nunca se llevó a cabo, por lo que en Mendoza no es aplicable la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial dado que, como el mismo instrumento lo ordena, no ha sido aprobado por la Provincia. La única forma de que sea aplicable es considerarla como una ley de presupuestos mínimo de protección que, en el caso, no es.

— *Efectos de la patrimonialización de las manifestaciones inmateriales de la cultura*

Como se ha dicho, la ley 6034 se refiere únicamente al patrimonio cultural material de Mendoza y allí contiene toda su regulación. Lo propio hace el dec. 1882/2009 que reglamenta aquella. Estas normas contienen todo el régimen jurídico de regulación y, por ello, sabemos qué efectos produce la patrimonialización de los objetos culturales materiales en Mendoza. ¿Se puede decir lo mismo sobre el PCI?

Ya se vio cómo puede darse el mecanismo de patrimonialización de las manifestaciones inmateriales y también que ninguna de las dos normas contiene regulación alguna sobre los efectos que tal incorporación produce. ¿Cómo saber entonces cuáles son los efectos de esa patrimonialización? Al igual que con el mecanismo de declaración, se deben ir haciendo procesos de autointegración y heterointegración conforme se irá viendo.

Si bien se refiere a los bienes materiales, el art. 10 de la ley 6034 creó un registro donde deben inscribirse todos los bienes integrantes del patrimonio cultural. Esta norma puede integrarse al régimen del PCI, por lo que, a partir de su declaración, las manifestaciones inmateriales deben registrarse para que, en consonancia con lo dispuesto por la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial y lo dispuesto por el art. 24 inc. a) del anexo del dec.

1882/2009, puedan identificarse y definirse los distintos elementos del PCI.

Por otro lado, como consecuencia de la declaración patrimonial, se le aplica al patrimonio en sus ámbitos material e inmaterial las disposiciones contenidas en la ley 5961 de Preservación del Medio Ambiente.

— *La defensa jurisdiccional del patrimonio cultural*

La ley 5961 se aplica para la defensa jurisdiccional de los intereses difusos y los derechos colectivos, brindando protección a esos fines al medio ambiente, a la conservación del equilibrio ecológico, los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos; y a cualquier otro bien que responda en forma idéntica a necesidades comunes de grupos humanos a fin de salvaguardarla calidad de la vida social (art. 16). Puede verse así que el PCI encuentra protección jurisdiccional implícita dentro de estas normas.

Rodríguez Salas hace una aclaración importante: Dice que debe tenerse presente en la aplicación de estas normas que son anteriores a la reforma de la Constitución Nacional, por lo que deberán integrarse con los requisitos constitucionales del amparo colectivo (art. 43, CN) **(60)**.

— *El patrimonio cultural y la evaluación de impacto ambiental*

¿La evaluación de impacto ambiental regulada en la legislación ambiental mendocina alcanza al patrimonio cultural?

La ley 5961 contempla que todos los proyectos públicos o privados de obras o actividades capaces de modificar, directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial, deben obtener una declaración de impacto ambiental, expedida por el Ministerio de Medio Ambiente o por las municipalidades de la provincia, quienes son la autoridad de aplicación de esa ley, según la categorización de los proyectos que establezca la reglamentación (art. 27).

(60) RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, ob. cit.

De la redacción del art. 27, nada obsta a que pueda aplicarse a la protección de los recursos culturales, ya que ellos quedan implicados en la noción de ambiente. Esto es así porque la normativa que regula la protección del patrimonio cultural analizada no contempla ningún tipo de evaluación de impacto ambiental, por lo que, en principio, no resultaría exigible en materia de recursos culturales materiales e inmateriales.

La ley 5961 también contempla la participación ciudadana en la toma de decisiones referidas al ambiente a través de la audiencia pública. Su finalidad es la participación de todo aquel que quiera hacer valer su opinión frente a la autoridad convocante. Esto responde a lo establecido por la ley 25.675 en su art. 19 referente a que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general, debiendo las autoridades institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente (art. 20).

Asimismo, 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 (art. 21), siendo esta instancia de participación obligatoria y no facultativa **(61)**.

Como corolario, debe tenerse en cuenta que jurídicamente la evaluación de impacto ambiental es un procedimiento cuyo producto final es la declaración de impacto ambiental, la cual es un acto administrativo que encierra complejidad y cuyo objeto es determinar, mediante un procedimiento específico, la viabilidad ambiental de un proyecto público o privado **(62)**, por lo

(61) FALBO, Anibal J., "El procedimiento administrativo de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) y la participación del público", RDD 2008-3, "Daño ambiental", RC D 1967/2012.

(62) SC Mendoza, 04/11/2009, "Departamento General de Irrigación vs. Municipalidad de Godoy Cruz (Mendoza) s/ conflicto de competencia", *Sumarios Oficiales*

que la falta de evaluación de impacto ambiental quebranta la juridicidad urbano-ambiental, afectando a los ciudadanos, por privarlos de un instrumento esencial para que hagan valer sus derechos a gozar de un ambiente sano **(63)**.

Por esto, la ley 5961 establece la obligatoriedad de realizar la evaluación de impacto ambien-

Poder Judicial de Mendoza; 89169, Cita online: TR LALEY 70060073

(63) SCBA, 31/03/2004, "Dougherty, Cristian y otros c. Municipalidad de La Plata s/ amparo",.

tal con carácter previo a todo emprendimiento público o privado susceptible de relevante efecto y su discusión en audiencia pública. Así, se desprende la exigencia de la audiencia pública con carácter general y obligatorio para todas las actividades, proyectos, programas o emprendimientos que puedan producir un impacto ambiental de relevante efecto. Así, la protección y salvaguardia del patrimonio cultural no puede ser completa si no queda alcanzada por la evaluación de impacto ambiental de toda acción o proyecto que los pueda afectar.

CASOS COMPLEJOS

Argentina, un país nuclear

Segunda parte: Principios ambientales en la gestión de los residuos radiactivos. Legislación provincial “no nuclear”: sus contradicciones. Jurisprudencia

Laura Victoria Canale (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Desechos y residuos radiactivos. Marco legal. Principios ambientales en la gestión de los residuos radiactivos.— III. Gestión de los residuos radiactivos en la Argentina.— IV. Disposición final de los residuos radiactivos.— V. Legislación “no nuclear” provincial.— VI. La contradicción entre las normas nacionales y las legislaciones provinciales y ordenanzas municipales “no nucleares”.— VII. Jurisprudencia argentina.— VIII. Conclusión.

I. Introducción

La primera parte del presente trabajo, publicada en el nro. 65 de la *Revista de Derecho Ambiental*, pone de relieve el nivel de la actividad nuclear alcanzado por Argentina la y expresa que, no obstante la existencia en la actualidad de 1332 instalaciones en todo el país bajo el control de la Autoridad Regulatoria Nuclear (ARN) y de 3139 muestras de ensayos en los laboratorios propios de la misma autoridad, según se desprende del respectivo Inventario al año 2018 (1), el volumen de los residuos radiactivos y los combustibles irradiados de todo el país es ínfimo si se lo compara, por ejemplo, con el de los residuos domiciliarios. A la vez resalta el potencial energético nucleoelectrónico al suplir los combustibles fósiles: una pastilla de dióxido de uranio (5 gramos) equivale a 500 litros de petró-

leo o 1 tonelada de carbón mineral o 40 garrafas de gas.

Se desarrollará a continuación, el marco legal local que rige en la Argentina en sus tres jurisdicciones (nacional, provincial y municipal), en lo referente a la actividad nuclear en general y en lo que hace a la gestión de los residuos radiactivos en particular, concluyendo en la imperiosa necesidad de construir un repositorio geológico profundo donde dar una disposición final adecuada a estos últimos.

II. Desechos y residuos radiactivos. Marco legal. Principios ambientales en la gestión de los residuos radiactivos

En cada una de las etapas del ciclo del combustible nuclear, desde la minería de uranio hasta el reprocesamiento del combustible nuclear irradiado, así como en el desarrollo de tareas de investigación y de aplicación en diferentes ámbitos, se generan residuos radiactivos. Esta circunstancia hace que, para la existencia misma de una industria nuclear segura, sea indispensable la apropiada administración y gestión de dichos residuos, cuyo principal objetivo

(*) Abogada; especialista en Derecho Ambiental (Universidad de Buenos Aires); docente universitaria.

(1) AUTORIDAD REGULATORIA NUCLEAR, "Informe anual. La actividad regulatoria", Buenos Aires, 2018, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cap1_ia2018.pdf.

sea preservar a las personas y al ambiente en general, cumpliendo con la normativa legal y regulatorias vigentes.

Como ejemplo de afectación de los residuos radiactivos se puede mencionar el hecho de que toda central nuclear “descarga” directamente al ambiente ya sea en forma líquida (a través del agua de refrigeración de las turbinas hacia el mar, río o lago), o bien en forma gaseosa (que se libera a la atmosfera). También se puede hacer referencia al hecho de que algunos isótopos radiactivos que se generan en las operaciones normales de los reactores nucleares (cesio, estroncio, kriptón y plutonio) son de peligro extremo para la vida y el ambiente, pero en especial el plutonio, que al separarse del combustible usado luego del reprocesamiento, puede ser utilizado en la industria armamentista.

También encontramos residuos radiactivos en fuentes selladas que se utilizan en la industria de la construcción de grandes obras, e incluso en técnicas de aplicaciones médicas como lo son desde los estudios por imágenes hasta una radiografía odontológica.

La gestión de los residuos radiactivos se regula por un conjunto de normas encabezadas por la Constitución Nacional, la ley 24.804 sobre la Actividad Nuclear, la ley 25.018 sobre el Régimen de Gestión de Residuos Radiactivos, y por la ley 25.279 que aprueba la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos, además, de diversos tratados, convenciones, acuerdos y convenios internacionales a los que Argentina adhiere y ratifica por ley nacional; adquiriendo rango constitucional.

Además, conforme a nuestro régimen federal de gobierno, coexisten normas de orden provincial y municipal que inciden a nivel local, complementando a la legislación nacional.

La Constitución Nacional Argentina, a partir de la reforma constitucional de 1994, incorpora en su art. 41 el reconocimiento al derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, tal que satisfaga las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la sa-

tisfacción de las necesidades de las generaciones futuras. Y es en este sentido que el párr. 4º del mencionado artículo dispone la prohibición de ingresar al territorio del país residuos radiactivos.

La ley 24.804 asigna a la CNEA la propiedad de los combustibles gastados y la responsabilidad de la gestión de los residuos radiactivos, y le encomienda determinar la forma de retiro de servicio de las centrales nucleares y de toda otra instalación relevante.

La ley 25.018 designa a la CNEA como autoridad de aplicación de todas las actividades relacionadas con la gestión de residuos radiactivos, creando el Programa Nacional de Gestión de Residuos Radiactivos (PNGRR), que llevará adelante el Plan Estratégico para la Gestión de Residuos Radiactivos (PEGRR), con el fin de disponer la gestión segura del combustible usado y los residuos radiactivos originados en todas las prácticas y actividades, garantizando así la salud pública, la protección del ambiente y los derechos de las generaciones futuras.

Esta misma ley dispone que el Estado Nacional a través de la CNEA, asume la responsabilidad por la gestión de los residuos radiactivos, siendo los generadores de este tipo de residuos los responsables del acondicionamiento y almacenamiento en las instalaciones que operan, hasta su transferencia a la CNEA.

Siguiendo los lineamientos del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (1989), el art. 2º de la ley 24.051 (de Residuos Peligrosos), establece expresamente que “quedan excluidos de los alcances de esta ley los residuos domiciliarios, los radiactivos y los derivados de las operaciones normales de los buques, los que se regirán por leyes especiales y convenios internacionales vigentes en la materia”. Delimita así su propio ámbito de aplicación dejando fuera a los residuos radiactivos si bien, y atendiendo a la peligrosidad de ambos tipos, en muchos casos compartan aspectos como por ejemplo en materia de transporte (2).

(2) GARCÍA LUCIANI, M. (coord.), "Guía para la Interpretación y Aplicación del Convenio de Basilea en la República Argentina", Programa de Naciones Unidas

Nuestra ley 25.018, sobre Gestión de Residuos Radiactivos, los define en su art. 3º cuando establece que “se entiende por residuo radiactivo todo material radiactivo, combinado o no con material no radiactivo, que haya sido utilizado en procesos productivos o aplicaciones, para los cuales no se prevean usos inmediatos posteriores en la misma instalación, y que, por sus características radiológicas no puedan ser dispersados en el ambiente de acuerdo con los límites establecidos por la Autoridad Regulatoria Nuclear”.

En la Argentina, los términos “desecho” y “residuo” cuentan con igual connotación técnico-legal, fundamentalmente en lo relativo a residuos peligrosos; pero internacionalmente, el concepto de “residuo” implica la facultad potencial de ser valorizado, es decir, recuperado, reciclado y reutilizado. El concepto de “desecho” supone el no uso ulterior y, por lo tanto, queda sujeto al descarte por métodos de disposición final.

La naturaleza del residuo radiactivo, conforme a nuestra legislación, es la de ser una sustancia que ya no tendrá el uso común que se le asigna como tal, y todo esto dentro del tiempo inmediato posterior a su desactivación.

Los residuos a reutilizarse por lo general no tienen un uso inmediato, pero luego de ser reacondicionados pasarán a no ser más residuos y volverán al mercado como material de uso industrial. Se piensa para ellos un uso que no es inmediato sino mediato. Por ello, se sostiene en la doctrina y en la legislación argentina que los combustibles usados de los reactores nucleares no revisten el carácter de residuos radiactivos.

En el ámbito internacional, se entiende por desechos radiactivos:

— Los materiales radiactivos susceptibles de no ser regulados: aquellos que, por su casi nula concentración de actividad radiológica, pueden no requerir del control regulatorio.

— Las descargas: los efluentes líquidos y gaseosos que contienen material radiactivo, originados en la operación normal de una instalación y que, por su nivel de actividad radiológica, pueden ser dispersados en el ambiente en forma controlada y planificada.

— Los residuos radiactivos: materiales que por su concentración de actividad y/o actividad radiológica total, no pueden ser dispersados en el ambiente, requiriendo tratamiento, acondicionamiento y disposición final.

A los fines de definir y clasificar a los residuos radiactivos (3), se adoptó en la Argentina como sistema de clasificación el nuevo esquema propuesto por el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), que contempla seis clases de residuos, basados principalmente en consideraciones de seguridad a largo plazo, y en el modo de disposición final de ellos. De este modo podemos clasificarlos en:

1) Residuos exentos: cumplen criterios para dispensa, exención o exclusión del control regulatorio de acuerdo con los criterios de radioprotección. Una vez liberados del control regulatorio, no serán considerados residuos radiactivos.

2) Residuos de período de semidesintegración muy corto: poseen un nivel de actividad superior a los niveles de exención y pueden ser almacenados para su decaimiento durante un período de tiempo limitado de pocos años y luego liberados (residuos biológicos líquidos y sólidos generados en centros de investigación, aplicaciones médicas y similares, con radioisótopos de períodos de semidesintegración inferiores a 100 días para que pueden ser liberados del control regulatorio).

3) Residuos de nivel muy bajo: no cumplen con el criterio de exención, pero no necesitan una contención y aislamiento relevante pudiéndose disponer en instalaciones superficiales tipo rellenos sanitarios, con limitado control regulatorio (residuos generados en la minería de

(3) ESAIN, J. A. - GARCÍA MINELLA, G., "Derecho ambiental nuclear en la provincia de Buenos Aires", en *Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires*, Ed. Abeledo Perrot, Avellaneda, 2013, t. II, ps. 846 y ss.

para el Desarrollo - Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, Buenos Aires, 2011, 1ª ed.

uranio, las “colas de mineral” que se encuentra finamente molidas como arena después que se ha extraído la mayor cantidad posible de uranio, y los originados en el cierre y clausura de instalaciones nucleares con actividad radiológica levemente superior al nivel de exención).

4) Residuos de nivel bajo: contienen materiales radiactivos con valores de actividad superiores a los niveles de exención, pero con cantidad de radioisótopos de período de semidesintegración largo, requiriendo de fuerte aislamiento y contención por períodos de cientos de años. Se pueden disponer en instalaciones superficiales. Se envasan en tambores metálicos de 200 litros especialmente diseñados y se almacenan en forma segura en instalaciones autorizadas. Consisten en sólidos, líquidos y barros originados en centrales nucleares, en instalaciones de producción de radioisótopos, en reactores de investigación y en las instalaciones correspondientes al ciclo del combustible. Incluye fuentes selladas de radiación agotadas o en desuso, de período muy corto, encapsuladas con matrices de cemento en tambores industriales; residuos biológicos líquidos y sólidos generados en centros de investigación y en aplicaciones médicas; y residuos provenientes del desmantelamiento de centrales nucleares.

5) Residuos de nivel intermedio: su actividad radiológica es de semidesintegración larga, requiriendo una contención y aislamiento superior al alcanzado en repositorios superficiales. Su disposición debe realizarse a mayores profundidades. Son materiales diversos utilizados en medicina y en la industria.

6) Residuos de nivel alto: con niveles de actividad radiológica suficiente como para generar cantidades de calor significativas o que contienen grandes cantidades de radioisótopos de período de semidesintegración largo. Deben estar acondicionados en matrices insolubles como vidrios o cerámicos, y envasados en contenedores de alta integridad y durabilidad. Actualmente en la Argentina se encuentran almacenados en piletas de decaimiento en los mismos lugares donde se generan. La opción a adoptar en un futuro cercano, que prevea una gestión a largo plazo, es la disposición de estos residuos en formaciones geológicas profundas (a 400 metros de profundidad o más) y estables. Se trata de los

combustibles gastados o usados generados en la operación de las centrales nucleares y en los reactores de investigación y producción de radioisótopos.

Otra causal de producción de gran cantidad de residuos tiene lugar cuando un reactor es cerrado porque muchos de sus componentes se han vuelto radiactivos. El proceso de cierre se denomina “decomisionamiento”, y no es un proceso seguro ni económico. Hasta la actualidad, en la Argentina, es una instancia que no ha tenido lugar.

Entre los principios ambientales hay algunos que se comparten con la temática de residuos en general y especialmente con los residuos peligrosos enunciados en la ley 24.051:

— Principio de proximidad. Una de las reglas básicas del Convenio de Basilea (1989) sobre Transporte Transfronterizo de Residuos es que la disposición del desecho debe darse prioritariamente en el lugar de generación, y solo en caso de ser necesario se lo transportará de manera segura y a la menor distancia posible.

— Principio “Pensar global, actuar local”. La mejor gestión ambiental es la que se lleva adelante en el ámbito localizado donde la cuestión conflictiva se produce (generación de residuos). Para el caso puntual de los residuos radiactivos, se evalúa y se piensa en los efectos globales que pudiese implicar su transporte.

— Principio de subsidiariedad. La intervención de los gobiernos provinciales y municipales solo se dará de manera complementaria y superadora a la intervención del ente nacional a cargo y en la medida en que los objetivos puedan ser alcanzados satisfactoriamente sin que esto implique impedimento o entorpecimiento perjudicando a las poblaciones locales y al ambiente.

— Principio de corrección en la fuente. Toda acción contaminante debe ser corregida lo más cerca posible de la fuente que la originó tanto por motivos técnicos como por motivos económicos. A mayor alejamiento, mayor dispersión, pudiendo tener efectos transfronterizos.

Para el caso de los residuos radiactivos, el principio de proximidad se hace más intenso por la peligrosidad que implica el transporte de residuos nucleares. La ecuación ambiental que deberá hacer el sector es la imposición del menor transporte y la más adecuada y segura tecnología para la disposición final.

III. Gestión de los residuos radiactivos en la Argentina

La Argentina ha suscripto, a nivel internacional, la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de los Desechos Radiactivos. Se trata, como ya se ha explicado, de un acuerdo internacional que establece criterios para la gestión segura de los residuos radiactivos y de los combustibles gastados; y que compromete al país a implementar procesos de mejora continua, a informar periódicamente al resto de los estados miembros sobre sus estrategias de gestión y a someterse a la revisión de los demás países.

En la Argentina, es la CNEA quien tiene a su cargo todo lo relativo a la gestión de residuos radiactivos, entre otros temas.

Las leyes más importantes a nivel nacional que rigen en esa materia son:

— Ley 24.804/1997 (Ley de la Actividad Nuclear): asigna a la ARN la responsabilidad de regular y controlar las actividades radiológica y nuclear en cuanto a su seguridad; y determina que la CNEA estará a cargo de la gestión de los residuos radiactivos, de los combustibles nucleares gastados y del desmantelamiento de las centrales nucleares.

— Ley 25.018/1998: rige específicamente en la gestión de los residuos radiactivos estableciendo los instrumentos básicos para una gestión adecuada y garantizando la protección del ambiente, la salud pública y los derechos a la prosperidad (art. 1º). Define la gestión de residuos radiactivos como el conjunto de actividades necesarias para aislarlos de la biosfera, durante el tiempo necesario para que su radiactividad haya decaído a un nivel tal que su eventual ingreso no implique riesgos para el hombre y su ambiente. Dichas actividades deberán realizar-

se de acuerdo con los límites establecidos por la ARN, con todas aquellas regulaciones nacionales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, y con los acuerdos internacionales que correspondan (art. 2º).

Los residuos a gestionar serán los derivados exclusivamente de la actividad nuclear efectuada dentro del territorio argentino atento a la prohibición expresa contenida en el párr. 4º del art. 41 de la CN (4).

Esta Ley de Gestión de Residuos Radiactivos, en su art. 3º, fija su concepto considerándolos como todo “material radiactivo, combinado o no con materiales no radiactivos, que haya sido utilizado en procesos productivos o aplicaciones, para los cuales no se prevean usos inmediatos posteriores en la misma instalación, y que por sus características radiológicas no pueden ser dispersados en el ambiente, de acuerdo con los límites establecidos por la Autoridad Reguladora Nuclear” (5).

Del concepto emanado de la ley 25.018 surgen diversas condiciones y propiedades que, debe reunir un material nuclear para configurar la calidad de residuo radiactivo. Se debe identificar en ellos las siguientes circunstancias:

— Un elemento objetivo, ya que, se trata de un material con potencialidad para ser residuo radiactivo que puede presentarse puro; pero también lo podemos encontrar combinado, por ejemplo, en los uniformes de vestir utilizados dentro de una central nuclear.

— Un componente voluntario que implica la intención de no usar una cosa, es decir, que no se prevea una utilización posterior. Este aspecto de los residuos radiactivos tiene, a su vez, dos características fundamentales que se presentan “por default”: una espacial, por la cual el destino posterior no debería darse en la misma instalación donde fueron generados o donde fueron trasladados para ser utilizados; y otra temporal, que consiste en el uso no inmediato posterior a su desafectación. Si se reuniesen estas dos ca-

(4) CN, art. 41, párr. 4º: "Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

(5) Ley 25.018, art. 3º.

racterísticas, entonces, estaríamos en presencia de residuos radiactivos.

Es el componente voluntario, propio de los residuos radiactivos, el que permite determinar claramente que los combustibles quemados o gastados de los reactores nucleares no son considerados como residuales atento a que, luego de su reacondicionamiento, pueden ser vueltos a utilizar.

La CNEA, como autoridad de aplicación de esta ley, queda a la cabeza de las tomas de decisiones respecto de todo lo referente a los residuos radiactivos y los combustibles gastados, y por lo tanto, es quien debe coordinar con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias todo lo relativo a su aplicación, siendo preponderantes los Principios de Coordinación y de Solidaridad del art. 4º de la ley 25.675 (Ley General del Ambiente), así como el Principio de Integración del art. 5º de la misma ley.

El art. 5º de la ley 25.018 establece que la CNEA, durante todas las actividades de gestión de residuos radioactivos, deberá cumplir con las normas regulatorias referidas a la seguridad radiológica y nuclear, de protección física y ambiental y de salvaguardias internacionales que establezca la Autoridad Regulatoria Nuclear, y con todas aquellas regulaciones nacionales, provinciales y de la ciudad de Buenos Aires que correspondan.

Cabe aclarar que, si bien el Estado Nacional a través de la CNEA en su calidad de autoridad de aplicación establecida por la ley 25.018, es responsable por la gestión de los residuos radiactivos y los combustibles gastados, ella es compartida con los operadores de los establecimientos nucleares que generen todo tipo de material radiactivo, quienes en ningún momento quedarán desvinculados de su responsabilidad por eventuales daños civiles y /o ambientales. Esto es así hasta tanto se haya efectuado la transferencia de los residuos radiactivo.

Así entonces, dentro de la operatoria de los residuos radiactivos y los combustibles gastados, la ley 25.018 diferencia dos etapas bien delimitadas:

— 1ª etapa: comprende desde la generación y acondicionamiento hasta la transferencia a la CNEA. Esta primera parte en el proceso de gestión tiene lugar en la instalación del propio generador porque es él quien debe proveer los recursos necesarios para realizar a tiempo y adecuadamente su gestión. El generador será responsable por el acondicionamiento y el almacenamiento seguro de los residuos radiactivos por él generados conforme a las condiciones que establezca la autoridad de aplicación, y hasta su transferencia a la CNEA.

— 2º etapa: tiene lugar desde la transferencia a la CNEA o al operador habilitado, hasta el sitio de disposición final. La CNEA determinará los criterios de aceptación y las condiciones de transferencia de dicho material para asumir la responsabilidad que le compete.

Durante ambas etapas, y para el caso de cualquier incidente, accidente o falla de operación, los responsables tienen la obligación conforme a la ley 25.018 de notificar de manera inmediata a la ARN.

La ley dispone en su art. 9º que la CNEA debe elaborar un Plan Estratégico de Gestión de Residuos Radiactivos que incluirá el Programa Nacional de Gestión de Residuos Radiactivos que se crea, a su vez, por el imperio del art. 10 de la misma ley. Este Plan Estratégico debe ser actualizado cada tres años y será enviado, al Poder Ejecutivo Nacional, quien previa consulta a la ARN, lo enviará al Congreso de la Nación para su aprobación por ley. Pero, además, la CNEA debe presentar ante el Congreso de la Nación, un informe anual sobre la marcha del mencionado Plan Estratégico y sus actualizaciones.

La ley 25.018 también incluye disposiciones netamente ambientales para el procedimiento de gestión de los residuos radiactivos, específicamente en los siguientes casos:

— Respecto de los lugares de extracción de los minerales nucleares (6), cuando hace referencia a la recuperación de los sitios afectados por la actividad de extracción, molienda, concentración, tratamiento y elaboración de minerales

(6) Código de Minería de la Nación. Art. 206.- "Decláranse minerales nucleares el uranio y el torio".

radiactivos detallados en el Programa Nacional de Gestión de Residuos Radiactivos y el Código de Minería de la Nación; la referencia textual al principio de “Impacto ambiental tan bajo como sea posible”, atendiendo principalmente a las comunidades directamente afectadas (7); y el requerimiento del EIA (Estudio de Impacto Ambiental) elaborado por las autoridades locales directamente involucradas, con el correspondiente licenciamiento ambiental que exige el Código de Minería, para la explotación y la remediación del lugar afectado.

— Respecto del emplazamiento de instalaciones para la disposición final de los residuos radiactivos en sus diferentes niveles de actividad, ellas deben ser aprobadas por ley local, con acuerdo de la ARN. Previamente se realizarán los correspondientes estudios de factibilidad ambiental juntamente con la propuesta hecha por la CNEA, adicionando los posibles efectos directos e indirectos sobre la población y el ambiente, y las medidas para evitarlos o minimizarlos. Así mismo se dispone en la ley que se celebraran audiencias públicas convocadas con antelación suficiente a través de un medio de difusión masiva del lugar en cuestión, brindando toda la información sobre el futuro emplazamiento (8).

La ley 25.018 dispone también la creación de un fondo para la gestión y disposición final de los residuos radiactivos, que viene a suplir al derogado Fondo de Repositorios Finales de Residuos Nucleares de Alto Nivel creado por el dec. 1540/1994, y que se crea con aportes de los generadores de estos, en concordancia con los principios de equidad y de equilibrio, según la naturaleza y cantidad de residuos radiactivos que cada uno produzca (9).

En paralelo, en nuestro país, existen provincias y municipios que cuentan con normas específicas que regulan localmente estas cuestiones, creando un entramado legal muchas veces contrapuesto, y que es indispensable solucionar a los fines de garantizar a la sociedad actual y a las generaciones futuras una correcta

y segura gestión de los residuos radiactivos y los combustibles gastados que no atente contra su propia existencia.

IV. Disposición final de los residuos radiactivos

La industria nuclear dedica gran parte de sus labores a la gestión de los residuos que genera. El objetivo central es la protección al ambiente y a las personas, tanto las generaciones presentes como las futuras, de la exposición a la radiación generada por dichos residuos.

En este sentido se plantea la aplicación no solo de criterios de seguridad, salvaguardias, actividades de no proliferación y protección física, sino también de protección ambiental.

Se desprende, entonces, lo indispensable que es para la actividad nuclear la organización y planificación, de manera eficiente y estratégica, de la disposición final de los residuos radiactivos.

Por disposición final se entiende la ubicación segura del desecho radiactivo en una instalación o lugar, sin el propósito de recuperarlo. Los modos de disposición final están concebidos para contener los desechos mediante elementos naturales y artificiales (barreras múltiples, redundantes e independientes), aislándolos y limitando la migración de radionucleidos hacia la biosfera, en la medida en que el peligro lo requiera.

El concepto de disposición final difiere al de almacenamiento. En este último caso el objetivo radica en la conservación de los desechos radiactivos con la intención de recuperarlos. El almacenamiento es una medida provisional que puede concluir en la disposición final.

Los objetivos específicos para las instalaciones destinadas a la disposición final son: a) contener los desechos, b) aislarlos de la biosfera accesible y reducir la probabilidad de intrusión humana (10), y c) inhibir, reducir y demorar la

(7) Ley 25.018, art. 11, párr. 2º.

(8) Ley 25.018, art. 12.

(9) Ley 25.018, arts. 13, 14 y 15.

(10) Según los Criterios de Seguridad Radiológica para la Gestión de los Residuos Radiactivos provenientes de Instalaciones Minero Fabriles, desarrollados por la Autoridad Regulatoria Nuclear, se entiende por Intrusión Humana a la acción no premeditada del hombre que en

migración de radionucleidos de los desechos a la biosfera.

En la Guía de Seguridad del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) se prevén varias opciones de instalaciones para la disposición final de los residuos:

— Vertederos: previstos para residuos industriales pero pueden ser incorporados para residuos radiactivos de muy baja actividad. Se mezclan con tierra y escombros.

— Instalaciones cercanas a la superficie: se trata de zanjas artificiales o cámaras construidas en la superficie del terreno o a algunos metros bajo tierra. Se destinan a desechos radiactivos de actividad baja.

— Cavernas, cámaras o silos entre 10 a 100 metros bajo tierra, pudiendo tratarse también de socavones en las laderas de montañas. Se suelen usar antiguas minas para confinar desechos de actividad intermedia.

— Instalaciones geológicas: son cámaras, túneles o silos, a cientos de metros de profundidad, en formaciones geológicas que garanticen estabilidad a largo plazo. Ellas fueron diseñadas para recibir desechos radiactivos de alta actividad como por ejemplo combustibles gastados que no serán reprocesados.

— Pozos barrenados: ubicados bajo tierra, a algunos cientos de metros de profundidad, y sirve para cantidades pequeñas de desechos radiactivos especialmente los colocados en fuentes selladas. Se pensó esta posibilidad a varios kilómetros de profundidad para combustibles gastados y desechos sólidos de nivel alto de actividad, pero a la fecha aún no ha sido implementada esta solución.

— Los desechos sólidos derivados de la extracción y tratamiento de minerales se suelen estabilizar in situ cubriéndolos con capas de roca y tierra.

El combustible gastado es un elemento altamente radiactivo que, al ser extraído del reac-

tor, se almacena temporalmente en piletas de enfriamiento para decaimiento y refrigeración. Esas piletas se ubican en las mismas centrales donde el combustible gastado es utilizado. Por lo tanto, muchas de esas plantas deberían cerrar al verse completa la capacidad de almacenamiento.

La industria nuclear ha manifestado en reiteradas oportunidades que el enterramiento subterráneo en almacenes especiales o en el lecho marino, es suficiente y seguro. Pero existen siempre los riesgos de contaminación del suelo, del aire y del agua a través de la liberación explosiva o gradual de gases de algún depósito subterráneo o de la contaminación de napas de agua subterránea que, a su vez, contamine fuentes de agua potable.

En la Argentina, la ley 24.804 establece que la CNEA, como organización responsable, propondrá lugares candidatos para futuras instalaciones de disposición final de residuos radiactivos, que surgirán como consecuencia de los estudios realizados en ese sentido.

Estos sitios deberán ser aprobados tanto por la ARN, desde el punto de vista de la seguridad radiológica y nuclear, como por una ley de aquel Estado provincial donde se proponga instalar el repositorio.

La ley 25.018, como ya se mencionó anteriormente, en su art. 10 crea el Programa Nacional de Gestión de residuos Radiactivos que es responsable del diseño y la implementación de las estrategias de gestión de los residuos radiactivos y los combustibles generados por las actividades nucleares en la Argentina.

Argentina genera 200 m³ de desechos radiactivos de actividad baja y media por año, frente a 10 millones de m³ de desechos sólidos urbanos. En su mayoría, esos desechos radiactivos proceden de tres centrales nucleares que suministran electricidad al 10% de la población. Los desechos comprenden también las fuentes radiactivas agotadas o en desuso, procedentes del sector sanitario, la industria y la investigación (11).

(11) GIL, L., "En busca de una solución para los desechos radiactivos en Argentina", OIEA - Oficina de Infor-

el futuro podría afectar los sistemas de disposición final de residuos radiactivos y, potencialmente, producir consecuencias radiológicas.

Mientras tanto, se continúan las investigaciones en la CNEA destinadas a obtener el mejor método de tratamiento de los residuos radiactivos. Los resultados de esas investigaciones son de vital importancia para la Argentina porque permitirá que el país cuente con esa tecnología para cuando efectivamente se necesite por llegar a los límites de capacidad de almacenamiento en los predios de las centrales nucleares. De este modo se está ayudando a proteger a las generaciones futuras.

La estrategia de gestión implica decidir, en los próximos años, el emplazamiento de los futuros sistemas de disposición final de los residuos radiactivos.

Por otro lado, y en función de las necesidades energéticas y del desarrollo de la actividad nuclear, el país también debe establecer si en un futuro se reprocesarán los combustibles gastados para aprovechar el potencial energético de la materia fisible que estos todavía poseen. Conforme lo expresa el Sexto Informe Nacional elaborado por la CNEA, en 2017, esta decisión se ha postergado hasta 2030 (12).

El mismo informe establece que es válido lo expresado desde el Primer Informe Nacional en cuanto a que, en la Argentina, el combustible gastado no es considerado un residuo radiactivo. El Estado ejerce la propiedad de los materiales fisionables especiales contenidos en los combustibles gastados cualquiera sea su origen: centrales nucleares, reactores experimentales y de investigación y/o producción —conf. art. 2º, inc. g), ley 24.804—.

En la actualidad, y con relación a los combustibles gastados generados en los reactores de investigación o de producción de radioisótopos, para los que no se prevea su recuperación

mación al Público y Comunicación, Viena, 30/11/2017.

(12) El Informe Nacional se elabora de acuerdo con lo establecido en el art. 32 de la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos. En 1997, durante la 41ª Sesión de la Conferencia General del OIEA, Argentina suscribió la mencionada Convención Conjunta acordada en Viena el 05/09/1997. El Congreso de la Nación sancionó el 06/07/2000 la ley 25.279 ratificando los términos de la Convención Conjunta, que entró en vigencia en junio de 2001.

y reutilización posterior, se presentan dos alternativas: 1) remisión al país donde se originó el enriquecimiento del material nuclear, cuando exista esa posibilidad; o 2) almacenamiento interino en vía húmeda para su posterior tratamiento y acondicionamiento, a la espera de su disposición final.

La Argentina adhirió al Programa estadounidense denominado RERTR (*Reduced Enrichment for Research and Test Reactors*), que se inició a fines de los 70, en el marco de las políticas de no proliferación de armas nucleares; y para reducir el enriquecimiento de uranio en los combustibles de reactores de investigación. En el marco de este Programa de Aceptación de Combustibles Nucleares Gastados de Reactores de Investigación Extranjeros, en 2000, 2006 y 2007, todos los combustibles gastados de reactores de investigación y producción que contenían uranio de Alto Enriquecimiento (HEU), fueron exportados con destino al Departamento de Energía de los Estados Unidos de América (DOE).

En la actualidad existen en ejecución varios proyectos para aumentar la capacidad de almacenamiento existente, de manera de cubrir la vida útil de los reactores y proporcionar un plazo de varias décadas hasta transferir los elementos combustibles gastados a una planta de reprocesamiento o un repositorio (13).

La última versión del Plan Estratégico de Gestión de Residuos Radiactivos (PEGRR) prevé contar con un repositorio geológico profundo en la Argentina para 2060 (14). Hasta la fecha se han realizado actividades de investigación y desarrollo en relación con la geología de sitios para la ubicación del repositorio, pero no se han informado los lugares analizados ni los que presentan las mejores condiciones geológicas para ser elegidos.

(13) Conforme <http://u-238.com.ar/seco-temporal-atucha/> al 03/05/2018.

(14) Comisión Nacional de Energía Atómica. Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos. Sexto Informe Nacional, Buenos Aires, 2017.

Con el fin de seleccionar el sitio, la aceptación de la opinión pública es también muy importante, por lo que se realizan acciones de comunicación destinadas a brindar información al público en general, sobre la energía nuclear y la necesidad de contar con un repositorio.

Como afirmó oportunamente el Almirante Carlos Castro Madero, extitular de la CNEA, “en este momento, es consenso internacional que la eliminación de los residuos radiactivos de alta actividad acondicionados en forma sólida, en formaciones geológicas profundas de adecuadas características, es una solución que representará para las generaciones presentes y futuras riesgos que no serán mayores que los riesgos de la vida diaria aceptados normalmente” (15). Estas expresiones, realizadas hacia 1978, donde se tiene en consideración a las “generaciones futuras” como sujetos destinatarios de protección respecto de la actividad nuclear desarrollada en el país, se convierten en un precedente inmediato de los conceptos incluidos por el Informe Brundtland (1987), concretamente en la idea de “desarrollo sostenible” como el que permite satisfacer las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones (16).

En 1981 la CNEA inició tareas de exploración y relevamiento en busca de un sitio hidrogeológicamente apto para la construcción de un repositorio geológico profundo a 600 m de profundidad, destinado a la disposición final de residuos radiactivos de nivel de actividad medio

(15) Alte. C. Castro Madero, presidente de la Comisión Nacional de Energía Atómica, Argentina; gobernador representante de la Argentina en la Junta de Gobernadores del OIEA, *Boletín del OIEA*, vol. 25, nro. 4, https://www.iaea.org/sites/default/files/25404681226_es.pdf.

(16) La Comisión de Desarrollo y Medio Ambiente de la Organización de Naciones Unidas, dirigida por la Sra. Gró Harlem Brundtland, por aquel entonces primer ministro de Noruega, finalizó y dio a conocer en el año 1987 un informe titulado “Nuestro futuro común”, también llamado “Informe Brundtland”, en el cual se introduce el concepto de desarrollo sostenible, definido en estos términos: “Está en manos de la humanidad asegurar que el desarrollo sea sostenible, es decir, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias”.

y alto, y de combustible gastado extraído de los reactores nucleares.

La superficie específica requerida para satisfacer las necesidades previstas era de aproximadamente 1 km² el plazo de construcción se calculaba entre 8 y 10 años, el período de operación del repositorio estaba calculado en 50 años y se esperaba que el cierre de la instalación demandara tres años más. En 1986, dos meses después del accidente en la central atómica ucraniana de Chernobyl, la CNEA anunció públicamente que el lugar elegido para el repositorio geológico profundo era Gastre, localidad ubicada en la región de la meseta central de la provincia de Chubut.

Como era totalmente previsible, el anuncio dio lugar a una gran controversia pública que giraba en torno a la ubicación del repositorio y al destino que se le daría al mismo, así como a la actividad nuclear en general. Se organizaron marchas multitudinarias y manifestaciones de diversa índole no solo en la localidad chubutense, sino también en diferentes puntos de la Patagonia, teniendo incluso amplia difusión a través de los medios de comunicación con alcance nacional.

A partir de estas movilizaciones populares, y como consecuencia directa de ellas, numerosos representantes políticos de los diferentes niveles de gobierno asumieron el rechazo por parte de sus representados a cualquier nuevo emplazamiento nuclear en sus territorios.

De este modo, varias provincias y municipios se declararon “zona no nuclear”, a través de leyes u ordenanzas que rechazan no solo la posibilidad de la instalación de un repositorio en sus jurisdicciones, sino que también impiden en muchos casos cualquier clase de establecimiento nuclear y hasta el tránsito de material radiactivo por su territorio, legislación que sigue vigente hasta nuestros días. La mayoría de esas provincias plasmaron esa legislación en sus propios textos constitucionales.

V. Legislación “no nuclear” provincial

El sistema normativo que restringe o prohíbe el uso y las diferentes aplicaciones de la energía nuclear, siempre con fines pacíficos, se conoce como legislación “no nuclear”.

En la Argentina, el intento de instalación de un repositorio geológico profundo para la disposición final de los residuos radiactivos de media y alta actividad en la localidad de Gastre (Chubut), dio lugar a diversas exteriorizaciones de ese rechazo, como ya se explicó. Una de esas reacciones consistió en el surgimiento de un variado conjunto normativo antinuclear.

Se pueden distinguir como objetivos perseguidos por dicho entramado legal a la prohibición de construcción de nuevas centrales nucleares de potencia y de repositorios nucleares para todo tipo de residuos radiactivos, la prohibición de ingreso y tránsito de residuos nucleares, la prohibición de desarrollo e investigación, y la prohibición de establecimientos de explotación o de procesamiento de minerales nucleares.

Así entonces, entre constituciones y leyes provinciales, observamos:

— *Buenos Aires*

El art. 28 de la Const. provincial, con la reforma de 1994, introduce la prohibición de ingreso en el territorio bonaerense de residuos radiactivos (17). Pero nada aclara de los generados, por ejemplo, por aplicaciones en medicina nuclear en distintas instalaciones del país, que deben ser transportar a su lugar de disposición, en el CAE (Centro Atómico Ezeiza). Sucede algo similar con las fuentes radiactivas en desuso que se utilizan en la industria. Por consiguiente, y atendiendo a este conflicto de leyes, resultaría necesario la construcción de instalaciones similares a las del CAE en las demás provincias.

Por otro lado, la ley provincial 11.720 sobre Residuos Especiales, establece en su art. 1º que "La generación, manipulación, almacenamiento, transporte, tratamiento y disposición final de residuos especiales en el territorio de la provincia de Buenos Aires, quedan sujetos a las disposiciones de la presente Ley". Y en el art. 3º dispone que "Quedan excluidos del régimen de la presente Ley y sujetos a la normativa específi-

(17) Const. Prov. Buenos Aires, art. 28, párr. 3º: "En materia ecológica deberá (...) prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos".

ca conforme a su objeto (...) b) Los residuos (...) radioactivos".

— *Catamarca*

La ley provincial 4865/1995 prohíbe en el territorio de la provincia la introducción y depósito de residuos de origen nuclear (18).

— *Chaco*

La Constitución provincial de 1984, establece la prohibición de introducir y almacenar residuos radiactivos dentro del territorio provincial (19).

La ley provincial 3902/1993 declara al territorio de la provincia como zona no nuclear, prohibiéndose la extracción, circulación, procesamiento, almacenamiento o depósito de uranio y cualquier mineral radiactivo y de cualquier material susceptible de ser usado en el ciclo nuclear y de sus residuos radiactivos. También prohíbe todo tipo de instalación destinada a la investigación, desarrollo y utilización de la energía nuclear excepto en el uso de la medicina o monitoreo en áreas agropecuarias.

— *Chubut*

La Constitución provincial de 1994 promueve la exploración y el aprovechamiento de los minerales nucleares que existen en su territorio bajo la fiscalización del gobierno provincial. También establece que los recursos naturales radioactivos cuya extracción, elaboración, utilización o transporte pueden alterar el ambiente, deben ser objeto de tratamiento específico. Además, prohíbe expresamente en el territorio de la provincia la introducción, el transporte y el depósito de residuos radiactivos de origen extra provincial (20).

La ley provincial 3738/1992 crea un registro de usuarios y manipuladores de materiales radiactivos donde deberán inscribirse los que hagan uso, transporten o mantengan en depósito materiales radiactivos de la industria, medicina o cualquier otra actividad permitida. De igual

(18) Ley 4865/1995 de la provincia de Catamarca, art. 2º.

(19) Const. Chaco, art. 38, párr. 2º, inc. 5º.

(20) Const. Prov. Chubut, arts. 102, 103 y 110.

modo los mineros, industriales y nucleoelectrónicos. La ley exceptúa de la obligación de inscribirse en el registro de usuarios y manipuladores a la CNEA. Se establece que el material radiactivo introducido en la provincia debe ser destinado estrictamente a los fines autorizados por la CNEA y la autoridad de aplicación de esta ley provincial (21).

— *Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

El art. 28, inc. 1º, de la Const. Ciudad Autónoma (1996) insta a encontrar mecanismos de acuerdos con la provincia de Buenos Aires y otras jurisdicciones para utilizar o crear plantas de tratamiento y disposición final de residuos industriales, peligrosos, patológicos y radiactivos que se generen en el territorio de la Ciudad (22).

— *Córdoba*

La ley provincial 8157/1992 tiene por objeto regular la aplicación de la tecnología nuclear en el territorio provincial con fines pacíficos, constituyendo una Junta Provincial sobre Política Nuclear. Esta ley dispone que sus fines y objetivos sean compatibilizados en sus aspectos técnicos, con las políticas en la materia establecidas por el Estado Nacional a través de sus organismos competentes. Su dec. regl. es el 46/1994 (23).

— *Corrientes*

La ley provincial 4207/1998 prohíbe en todo el territorio de la provincia la instalación de usinas nucleares y sus accesorios.

— *Entre Ríos*

La ley provincial 8785/1993 consagra el uso de la energía nuclear con fines pacíficos en el

(21) Ley 3738/1992 de la provincia de Chubut.

(22) Const. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Art. 28, inc. 1º "Para asegurar la calidad ambiental y proveer al proceso de ordenamiento territorial, se establece: 1. La prohibición de ingreso a la Ciudad de los residuos y desechos peligrosos. Propicia mecanismos de acuerdo con la provincia de Buenos Aires y otras jurisdicciones, con el objeto de utilizar o crear plantas de tratamiento y disposición final de los residuos industriales, peligrosos, patológicos y radiactivos que se generen en su territorio".

(23) Ley 8157/1992 de la provincia de Córdoba.

ámbito científico, técnico, tecnológico e industrial; prohíbe la instalación de usinas nucleares para la generación de electricidad y los laboratorios para la producción de plutonio. Dispone también que se lleve un registro obligatorio y permanente de todos los elementos para el aprovechamiento pacífico de la energía atómica existentes en la provincia. La autoridad de aplicación supervisará la entrada, acción, instalación, vencimiento, reparaciones, ampliaciones y toda actividad referida estos objetos (24).

— *Formosa*

La Constitución provincial prohíbe realizar pruebas nucleares, el almacenamiento de uranio u otros minerales radiactivos y de sus desechos, salvo los utilizados en investigación, salud y los relacionados con el desarrollo industrial, que deberán ajustarse a la normativa establecida por los organismos competentes. Dispone también que los recursos naturales radiactivos cuya extracción, elaboración o utilización puedan alterar el ambiente, deberán ser objeto de tratamientos específicos para conservar el equilibrio ecológico (25).

Además, la ley provincial 1060/1993 prohíbe la realización de pruebas nucleares, la utilización de sustancias radiactivas y sus desechos, salvo las usadas en investigación y salud.

— *Jujuy*

La ley provincial 4924/1996 fija la prohibición de construcción y establecimiento en el territorio de la provincia de centros de tratamiento y disposición de residuos nucleares, para el almacenamiento transitorio o definitivo de residuos radiactivos de alta, media y baja actividad. Prohíbe también la tenencia y manipulación de residuos radiactivos de todo nivel de actividad, cualquiera sea el sistema que los aisle del ambiente circundante, quedando exceptuados los residuos radiactivos de bajo nivel de actividad de uso médico. El texto legal igualmente prohíbe la introducción, ya sea desde otras provincias o de otros países, y el tránsito por cualquier medio de transporte de residuos radiactivos de

(24) Ley 8785/1993 de la provincia de Entre Ríos, arts. 1º, 4º, 5º y 6º.

(25) Const. Formosa, art. 38.

todos los niveles de actividad en el territorio provincial **(26)**.

— *La Pampa*

La Constitución provincial en su art. 18 declara a la provincia como “zona no nuclear”, haciendo la salvedad de que sea “con el alcance que una ley especial determine en orden a preservar el ambiente”. Es así, entonces, que la ley provincial 1663/1995 reitera la declaración de zona no nuclear respecto del territorio provincial conforme a los términos del art. 18 de la Const. prov., y regula las actividades de ese origen prohibiendo “introducción, tráfico, transporte y uso de sustancias radioactivas en todo el territorio de la provincia, como asimismo, la instalación de centrales nucleares y la construcción y operación de basureros nucleares destinados al almacenamiento de esas sustancias” **(27)**. A continuación, la misma ley provincial fija una excepción disponiendo que se exceptúan “a aquellas sustancias radioactivas que están destinadas a las siguientes aplicaciones: a) medicina nuclear; b) industriales y mineras; c) agropecuarias; d) de servicios; y e) científico experimentales” **(28)**.

— *La Rioja*

La Constitución provincial prohíbe expresamente la instalación de repositorios nucleares en todo el territorio provincial **(29)**.

La ley provincial 6250/1996 prohíbe la introducción y depósito de residuos radiactivos, prohíbe la circulación o transporte por el territorio de la provincia de cualquier tipo de residuo radiactivo proveniente de combustible nuclear y desechos de centrales nucleares o plantas de procesamiento. Se excluyen de la prohibición a aquellas instalaciones nucleares de uso medicinal exclusivamente.

— *Mendoza*

La ley provincial 6207/1994 prohíbe la construcción de repositorios y depósitos para alma-

cenamiento de desechos radiactivos y basura nuclear altamente peligrosos, y prohíbe el ingreso de todo tipo de desechos y basuras clasificados como de peligrosidad media y alta. Pero también determina que quedarán exceptuados de esa prohibición, todo repositorio y/o depósito de almacenamiento necesarios para gestionar exclusivamente los residuos producidos por las instalaciones que operen en la provincia, concretamente en lo que haga a la extracción del mineral de uranio para su tratamiento primario. Se deberá contar previamente con licencia de operación otorgada por la Comisión Internacional de Control y Seguridad Radiológica y Nuclear y la correspondiente Evaluación de Impacto Ambiental, sin perjuicio de las autorizaciones y demás requisitos exigidos por las autoridades competentes que correspondan **(30)**. Si bien la intención fue legislar solo para residuos radiactivos, tal como está redactada la norma, la prohibición se hace extensiva a los residuos peligrosos.

— *Misiones*

La ley provincial 2899/1991 dispone la prohibición en el territorio de la provincia respecto de la disposición, almacenamiento, tratamiento y recuperación de residuos radiactivos que provengan de otros países o provincias.

— *Neuquén*

La ley provincial 2205/1996 prohíbe en la provincia la introducción, el transporte, la circulación, el depósito transitorio o permanente de residuos radiactivos provenientes de combustible nuclear, centrales nucleares o plantas de procesamiento. Prohíbe la generación de energía a partir de fuentes nucleares. La ley solo autoriza el uso de materia nuclear en actividades medicinales, hidrocarburíferas, mineras o científicas **(31)**.

La Constitución provincial prohíbe expresamente el ingreso de residuos radiactivos peli-

(26) Ley 4924/1996 de la provincia de Jujuy, arts. 1º, 2º, 3º, 4º y 6º.

(27) Ley 1663/1995, art. 2º.

(28) Ley 1663/1995, art. 4º.

(29) Const. La Rioja. Art. 68, párr. 4º.

(30) Ley 6207/1994 de la provincia de Mendoza, arts. 1º y 2º.

(31) Ley 2205/1996 de la provincia de Neuquén, arts. 1º, 2º y 4º.

grosos o susceptibles de serlo en el territorio de la provincia (32).

— *Río Negro*

La Constitución provincial (1988) establece que el estado provincial reglamentará la “producción, liberación y ampliación de los productos de (...) la ingeniería nuclear (...) para asegurar su uso racional” (33).

La ley provincial 2472/1992 prohíbe el ingreso, transporte, traslado o almacenamiento permanente o transitorio en su territorio y su mar jurisdiccional, de residuos radiactivos. También dispone que el traslado en tránsito por el territorio provincial de residuos radiactivos, sean estos propios o de otras jurisdicciones provinciales o nacional, estará sujeto a convenio de autorización con sus jurisdicciones originarias y sometidos a las normas de control, seguridad y prevención que establezca la reglamentación de la OIEA, debiéndose comunicar con antelación a las poblaciones por donde transitará.

La misma ley prohíbe, en territorio provincial y/o dentro de las doscientas millas de su mar jurisdiccional, la instalación de reservorios, repositórios, depósitos o basureros permanentes o transitorios, para almacenar todo material, insumos o desechos radioactivos producidos fuera del territorio provincial, estableciendo que el gobierno provincial determinará juntamente con el gobierno nacional el mejor modo y lugar de almacenaje para los residuos radiactivos propios.

El texto de la ley establece que Río Negro hace expresa su reserva ante cualquier tratado internacional suscrito o a suscribirse que viabilice la disposición de residuos radioactivos de terceros países en su territorio y/o en cualquier otro punto del país, y autoriza al gobierno provincial a accionar en defensa del patrimonio cultural y ambiental provincial, conforme surja de la voluntad popular, para el caso en que se dispusiera la construcción o radicación en provincias

(32) Const. Neuquén, año 2006, art. 91.

(33) Const. Río Negro, año 1988, art. 84, párr. 2º, apart. 5º.

límites de tales depósitos o basureros nucleares (34).

La ley provincial 4631/2008 introduce una reforma a la ley provincial 2472 extendiendo el alcance de la prohibición contenida en esta última al disponer que “se prohíbe el ingreso, transporte, trasbordo, traslado, vertido o almacenamiento, permanente o transitorio en el territorio de Río Negro y su mar jurisdiccional de residuos radiactivos y de desechos o residuos tóxicos de origen industrial, químico o biológico, cualquiera sea su lugar de origen, capaces de contaminar, infectar o degradar al medio ambiente y los ecosistemas y de poner en riesgo o peligro actual o potencial la vida o la salud de los habitantes de las generaciones futuras, así como a la flora y fauna provincial y/o la calidad ambiental” (35).

Finalmente, la ley provincial 5227/2017 dispone la prohibición en el territorio provincial de instalación de centrales de generación de energía nucleoelectrónica de potencia exceptuando a la instalación de centrales de diseño nacional de tecnología CAREM (Central Argentina de Elementos Modulares) desarrollada por la CNEA e INVAP SE (36).

— *Salta*

La ley provincial 7070/1999 prohíbe utilizar tierras provinciales, públicas o privadas, para enterrar o procesar materiales radioactivos salvo para utilizarlos o ser procesados, lo que deberá estar expresamente autorizado por ley especial. Dispone también que el gobierno provincial implementará los medios necesarios para la gestión de los materiales radioactivos generados dentro de la provincia (37).

(34) Ley 2472/1992 de la provincia de Río Negro, arts. 1º, 2º, 3º, 4º y 5º. https://www.agroindustria.gov.ar/sitio/areas/producciones_sostenibles/legislacion/provincial/_archivos//000001-Agroquimicos/000016-R%C3%ADo%20Negro/002472-ley%202472.pdf.

(35) Según <https://www.adnrionegro.com.ar/2017/06/odarda-hay-legislacion-que-prohibe-instalar-la-usina-nuclear>.

(36) Ley 5227/2017 de la provincia de Río Negro, arts. 1º y 2º <http://argentinambiental.com/legislacion/rio-negro/ley-5227-energia-nucleoelectrica-potencia>.

(37) Ley de la provincia de Salta 7070/1999, "De Protección del Medio Ambiente", art. 112.

— *San Juan*

La ley provincial 6720/1996 establece la prohibición en el ámbito provincial al ingreso, transporte, almacenamiento, manipulación y/o tenencia de residuos o desechos nucleares, cualquiera sea el lugar de origen de estos **(38)**.

La ley provincial 547-L/2016 dispone la prohibición a perpetuidad en todo el territorio de la provincia para: el ingreso, transporte, almacenamiento, manipulación y/o tenencia de residuos o desechos nucleares, cualquiera sea su lugar de origen; la instalación de repositorios, reservorios, depósito, basureros y/o plantas de almacenamiento, procesamiento y/o disposición final de residuos o desechos, cualquiera sea el lugar de origen y nivel de actividad; y la construcción o instalación de centrales nucleares de potencia o de fabricación de radionucleidos, sean en gran escala o para uso comercial.

La misma ley exceptúa a los residuos de bajo y medio nivel de actividad de uso médico, que se originen y se utilicen en la provincia; y los de uso médico, industrial o de investigación en pequeña escala, que se hayan originado y sean usados en la provincia **(39)**.

— *San Luis*

La ley provincial 4958/1993 declara al territorio de San Luis como “zona no nuclear” y prohíbe el transporte, manipulación o depósito de residuos nucleares quemados, en cualquier forma en que se presenten; y la instalación de basureros nucleares de los residuos de terceros países, inclusive los utilizados con fines pacíficos.

— *Santa Cruz*

La Constitución provincial (1998) prohíbe el ingreso a su territorio de residuos radiactivos **(40)**.

La ley provincial 2249/1991 prohíbe la instalación de centrales nucleares, depósitos transitorios o permanentes de residuos radiactivos,

(38) Ley de la provincia de San Juan 6720/1996, art. 1°.

(39) Ley de la provincia de San Juan 547-L, arts. 1° y 2°, del año 2016.

(40) Constitución de la provincia de Santa Cruz, art. 73, párr. 4°.

plantas o establecimientos de cualquier tipo que elaboren o utilicen durante el proceso de producción elementos que puedan producir contaminación radiactiva, así como la circulación o transporte de residuos radiactivos provenientes de combustible nuclear, centrales nucleares o plantas de procesamiento; pero especifica como excepción a todas las prohibiciones mencionadas, a los establecimientos de exclusivo uso medicinal. Establece la ley que sus disposiciones se aplican a la totalidad del territorio de la provincia, incluyendo las aguas marítimas de su jurisdicción provincial **(41)**.

— *Santa Fe*

La ley provincial 10.753/1992 prohíbe la instalación de plantas y/o depósitos nucleares, transitorios o permanentes; el transporte de desechos atómicos por cualquier medio a través del territorio de la provincia; y declara la provincia como “zona no nuclear” **(42)**.

— *Santiago del Estero*

La ley provincial 6321/1996 prohíbe en todo el territorio provincial realizar ensayos o experimentos nucleares con fines bélicos, generar energía de fuentes nucleares, hasta que no se haya resuelto el tratamiento adecuados de los residuos radiactivos, y la introducción o depósito de residuos nucleares, generadores de radioactividad. La misma ley establece que para la instalación de centrales energéticas de naturaleza nuclear se deberá previamente confeccionar una Evaluación de Impacto Ambiental, obtener el certificado de Aptitud Ambiental y una autorización por la ley del Poder Legislativo provincial **(43)**.

— *Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur*

En su Constitución provincial se prohíbe la introducción y depósito al territorio provincial de residuos radiactivos, así como la realización

(41) Ley de la provincia de Santa Cruz 2249/1991, arts. 1°, 2°, 3° y 4°.

(42) Ley de la provincia de Santa Fe 10.753/1992, arts. 1°, 2° y 3°.

(43) Ley de la provincia de Santiago del Estero 6321/1996, arts. 67 y 68.

de ensayos o experiencias nucleares de cualquier índole con fines bélicos; y la generación de energía a partir de fuentes nucleares (44).

La ley provincial 105/1993 sobre Residuos Peligrosos, dispone la prohibición de importación, introducción y transporte de residuos de origen nuclear provenientes de otros países al territorio provincial y sus espacios aéreo y marítimo, no obstante lo expresado por la misma ley en otro artículo, afirmando que sus disposiciones no son aplicables a los residuos radiactivos.

— *Tucumán*

La Constitución provincial de 2006 prohíbe el depósito de materiales o sustancias de origen nuclear y dispone la regulación de la prohibición de ingreso de residuos radiactivos al territorio provincial, propiciando acuerdos con el Estado Nacional, con otras provincias, o con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, además, de estados extranjeros e instituciones privadas, con el objeto de crear sistemas de tránsito, tratamiento y/o disposición final de aquellos (45).

VI. La contradicción entre las normas nacionales y las legislaciones provinciales y ordenanzas municipales “no nucleares”

Por aplicación directa del principio ambiental “Pensar global, actuar local”, al ambiente no se lo puede considerar como un ámbito inconexo y separado, sino todo lo contrario. El ambiente no admite “arbitrarias divisiones políticas estatales” (46). Por lo tanto se puede afirmar, como lo hace Eduardo P. Jiménez, que “Las fronteras son creaciones humanas, que involucran una convención del hombre que el medio ambiente, en la mayor parte de las veces, no tiene en consideración” (47). José Esain habla de “dinámica espacial y temporal” (48).

(44) Const. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, art. 56, incs. 1º, 2º y 3º.

(45) Const. Tucumán, art. 41, incs. 1º y 2º.

(46) JIMÉNEZ, E. P., "Derechos de tercera generación: Medio ambiente y consumidor", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995.

(47) *Ibid.*

(48) ESAIN, J. A., "Las competencias Ambientales en la Constitución Nacional: Pensar global, Actuar local",

Entonces, podemos decir que para la interpretación y la aplicación de las normas ambientales, se debe recurrir a una “regulación legislativa global que ha de nutrirse de normas de diversas procedencias, jerarquías y tipologías (...). La regulación final es siempre el resultado de la actividad complementaria del Estado central, las provincias, la Ciudad de Buenos Aires y los municipios” (49).

El art. 31 de nuestra Ley Fundamental indica que la Constitución Nacional y las leyes nacionales “que en su consecuencia se dicten (...) son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales”. Por lo tanto, toda norma nacional tiene prioridad sobre una provincial, siempre y cuando aquella regule materias que estén dentro de las facultades conferidas por las provincias al Estado Federal, expresa o implícitamente.

Paralelamente el art. 41 de la CN dispone que “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”. Por lo tanto, es este art. 41, como nueva cláusula ambiental constitucional, el que instala en nuestro sistema legal la protección del ambiente como una obligación compartida entre la Nación y las provincias.

En consecuencia, corresponde a la Nación fijar la política central. Pero esto no impide a las provincias establecer normas de protección ambiental complementarias a las fijadas a nivel nacional. Este parámetro no debe ser interpretado con criterio impeditivo, sino como un límite local de protección racional y razonable respecto de la actividad productiva, apuntando al desarrollo integral como factor fundamental en el progreso de los pueblos.

en *I Conferencia Internacional sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental de América Latina*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) - Banco Mundial, Buenos Aires, 2003.

(49) ESAIN, J. A. - GARCÍA MINELLA, G., "El municipio y la tutela ambiental. Pensar global y actuar local y las competencias municipales de 2do. complemento", en *Derecho ambiental...*, cit., t. II, cap. V, p. 1567.

Este equilibrio es el punto de partida de la conciencia ambientalista en el mundo actual y se conoce como “desarrollo sustentable”; un desarrollo que permite atender las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias.

Por otro lado, el art. 28 de la CN establece que las “garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Por lo tanto, las normas que dicten las provincias y los municipios no pueden afectar esos derechos y garantías individuales como lo son el derecho a la salud, a la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, el ejercicio de industria y comercio lícito, el comercio interprovincial”.

Así encontramos que estas mandas constitucionales se han plasmado en el fallo de la CS, del 08/08/2019 (CSJ 1294/2018. originarios), “Unión Pesquera Patagonia SA y otras c. Chubut, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” y en el dictamen previo de la Procuración General de la Nación con fecha 13/09/2018, donde se dispone que las normas locales cuestionadas son contrarias a la Constitución Nacional, en cuanto afectan facultades exclusivas del Congreso Nacional en materia de comercio interjurisdiccional (art. 75, inc. 13, de la Ley Fundamental y Fallos 188:27; 199:326; 271:211; 277:237; 312:1495; 321:2501; 323:1534) y, al decir de la parte actora, lesionan derechos y garantías consagrados en los arts. 11, 12, 14, 17 y 75, incs. 10 y 18, de la CN.

Cabe agregar que el art. 128 de la CN también dispone que “Los gobernadores de las provincias son agentes naturales del Gobierno Federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación”.

Dicho esto, y tal como afirma José Alberto Esain, cabe aclarar que la doctrina no es pacífica en materia de jurisdicción y de competencia. Se puede observar esta situación concretamente en lo que hace a las normas provinciales que disponen la prohibición de tránsito de residuos peligrosos y radiactivos por sus territorios. Esain, a modo de ejemplo, se refiere a la polémica en torno al art. 28 de la Const. Prov. Buenos Aires.

El texto constitucional bonaerense dispone que “La provincia (...) en materia ecológica deberá (...) prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos”. Este tipo de “normas prohibitivas” tuvieron gran difusión en varias provincias siguiendo el veto que establece el art. 41, párr. 4º, de la CN, sin que los legisladores provinciales reflexionaran acerca de los inconvenientes que pudiese originar esa situación. “Adoptar una regla similar a la del párr. 4º del art. 41 de la CN para las cláusulas ambientales provinciales, puede ser violatorio de las reglas básicas de la federación incluidas en los arts. 9º a 11 y en el 75, inc. 13” de la Carta Magna, conforme el mismo Esain expresa (50).

El autor, con cuya opinión en este punto coincido, considera que las provincias no poseen competencia para impedir el tránsito de material tóxico o radiactivo por sus territorios. Por lo tanto, los textos constitucionales provinciales que contengan ese veto, deben ser interpretados de diferente manera: las autoridades locales sí pueden imponer políticas estrictas tendientes a la protección de la población y del ambiente; también pueden mediante convenios interprovinciales establecer condiciones y características del traspaso de fronteras locales. Pero no están facultadas para prohibir el ingreso a sus territorios.

En igual sentido, y considerando la conexidad existente entre residuos peligrosos y radiactivos (la gestión de ambos sufre el exceso legal de los ordenamientos locales) se expresa Silvia Nonna cuando afirma que “Las provincias han legislado en forma dispar y disímil aún con la normativa nacional, poniendo impedimentos difíciles de sortear para la correcta gestión de los residuos peligrosos (...). Si la intención perseguida fue la de prevenir, por el contrario, lo que se ha logrado es crear un régimen de ilegalidad muy difícil de controlar por las autoridades, poniendo en jaque consecuentemente la protección del ambiente de sus propios ecosistemas” (51).

(50) ESAIN, J. A. – GARCÍA MINELLA, G., “La prohibición de ingreso. El artículo 28, CPBA, referido al ingreso de residuos tóxicos y radiactivos al territorio bonaerense, aplicable a todas las categorías de residuos tóxicos”, en *Derecho ambiental...*, cit., t. I, p. 776.

(51) NONNA, S., “Argentina: un escenario de prohibiciones internas en materia de residuos peligrosos”, *RDAMB*, nro. 4, oct.-dic. 2005, ps. 188-189.

En nuestra Constitución Nacional existen normas claras que eliminan las aduanas interiores (art. 9º) y que consagran la libre circulación de los efectos de producción o fabricación nacional (art. 10). Asimismo, los residuos peligrosos y los radiactivos están regulados por normativa contenida en convenciones y tratados internacionales, a los que adhiere o están suscriptos por Argentina.

Esos tratados, por disposición constitucional (art. 31), revisten jerarquía supralegal, y esta condición hace que sus contenidos sean obligatorios y prioritarios, incluso por encima de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, debiendo estas últimas ajustarse a la normativa internacional; y las autoridades provinciales habrán de conformarse a la jerarquía constitucional.

Cabe hacer mención, y ya estrictamente en lo que se refiere a materiales, residuos radiactivos y combustibles quemados, que la ley 24.804, de la Actividad Nuclear, dispone en su art. 2º que la CNEA, como ente autárquico dentro de la esfera de Presidencia de la Nación, tendrá a su cargo: “ejercer la propiedad estatal de los materiales radiactivos fusionables especiales contenidos en los elementos combustibles irradiados; y ejercer la propiedad estatal de los materiales fusionables especiales que pudieren ser introducidos o desarrollados en el país” (52). Ese carácter que se le otorga al organismo, y a los materiales y residuos que son de su propiedad, es lo que determina que la jurisdicción sobre dichos materiales sea federal (53), no pudiendo normas provinciales (incluyendo constitucionales) u ordenanzas municipales interferir en esa materia, que es de competencia exclusiva del Congreso de la Nación.

En conclusión, la denominada legislación “no nuclear”, conformada por constituciones provinciales, leyes provinciales u ordenanzas municipales, al margen de la buena intención de los legisladores, poco contribuirán a la protección de los derechos y garantías consagrados constitucionalmente como la salud, la calidad de vida o la libertad de tránsito.

(52) Ley 24.804, art. 2º, incs. g) y h).

(53) Conforme CN, art. 75, inc. 12.

En algunos casos, a partir de esas normas y medidas restrictivas, se estaría obstaculizando la medicina nuclear o las aplicaciones de la actividad nuclear en la industria, en el agro y en la ciencia, o bien desalentando programas y proyectos para la construcción de nuevas instalaciones nucleares relevantes. Incluso se vería condicionada la construcción del cada vez más indispensable repositorio geológico profundo para una correcta y segura gestión de los residuos radiactivos y los combustibles gastados generados a partir del desarrollo cada vez mayor de la actividad nuclear en el país.

Esta situación genera incertidumbre en muchos casos, afectando el concepto de “desarrollo sustentable” al que aludimos anteriormente.

VII. Jurisprudencia argentina

A la actualidad, en nuestro país, no existe un índice jurisprudencial demasiado extenso en materia de residuos radiactivos y combustibles gastados, e incluso en lo que hace a la cuestión nuclear en general, atento a que todas estas actividades y los materiales involucrados son estrictamente regulados por las leyes nacionales que rigen en la materia y que ratifican a los Convenios y Tratados internacionales firmados por Argentina. Todos los movimientos de gestión de estos son observados por los organismos internacionales especializados y controlados por un estricto sistema de salvaguardias, permaneciendo siempre en un ámbito de resguardo estrechamente vinculado al Poder Ejecutivo Nacional.

Los pocos fallos judiciales existentes se relacionan casi exclusivamente al transporte, al paso por aguas jurisdiccionales o al ingreso al país de materiales o residuos radiactivos, y de combustibles gastados. Así, por ejemplo, se procederá a citar dos casos de paso en tránsito por el Mar Argentino de buques extranjeros transportando residuos radiactivos y el emblemático caso “Schröder c. INVAP” que finalmente se constituyó en un “no caso”. A saber:

1. Caso del buque de bandera inglesa “Pacific Swan”. Autos: “Díaz, Carlos J. c. PEN s/ medida cautelar”; CNCont. Adm. Fed., sala III, 01/10/2001.

Hechos: En diciembre de 2000, representantes de Francia, Japón y el Reino Unido informa-

ron al Gobierno argentino que, alrededor del día 20 de ese mes, el buque de bandera británica “Pacific Swan” partiría del puerto de Cherburgo (Francia) con destino a Japón, transportando residuos radioactivos vitrificados estibados en 192 recipientes, ubicados, a su vez, en 8 contenedores especiales. La navegación del buque tendría lugar a través de los océanos Atlántico Sur y Pacífico Sur. La misma información y del mismo modo, fue suministrada a los gobiernos de Brasil, Chile y Uruguay. El plan de ruta informado del referido buque aclaraba que el transporte se efectuaría por el Cabo de Hornos y que no estaba previsto ingresar a las “aguas territoriales” argentinas, es decir, pasaba por fuera de las 12 millas marinas contadas a partir de las costas. La información referida fue puesta en conocimiento de la Armada Argentina, de la Prefectura Naval Argentina, de la Autoridad Regulatoria Nuclear y de la Comisión Nacional de Energía Atómica, quienes de inmediato tomaron la intervención del caso, monitoreando y controlando el paso del buque “Pacific Swan” a partir del momento en que este estuviera navegando aguas internacionales cercanas a la zona económica exclusiva argentina. Así se realizó hasta que traspasó el meridiano del Cabo de Hornos —límite marítimo con la República de Chile en el extremo austral del país—, y entró en jurisdicción de las autoridades chilenas (54).

Carlos José Díaz interpuso medida cautelar ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal de feria, a cargo del juez Martín Silva Garretón, alegando el paso del peligroso cargamento y solicitando que se prohíba de manera efectiva el ingreso del buque “Pacific Swan” a territorio argentino. Fundó su petición en lo dispuesto por el art. 41, párr. 4º, de la CN. La sentencia fue favorable al pedido realizado por Díaz.

El Gobierno nacional apeló la sentencia de primera instancia, y la Cámara del fuero federal, sala III, confirmó la medida cautelar prohibiendo el paso del buque por el “territorio nacional y aguas jurisdiccionales”, basándose en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar por la cual Argentina posee amplias potestades para prevenir contingencias que puedan

producir daños ecológicos irreversibles en el hábitat de nuestro mar territorial y de la zona económica exclusiva.

Comunicado el Gobierno de la decisión judicial, Cancillería manifestó que se deberá acatar el fallo de la Justicia, si no se contradicen acuerdos internacionales e informó que “en caso de que el buque ingresara en aguas de la zona económica exclusiva argentina, sobre las cuales la Argentina tiene soberanía sobre los recursos naturales y jurisdicción sobre la protección y preservación del ambiente marino, la autoridad marítima procederá a efectuar un monitoreo del paso mediante un seguimiento y control general de la navegación, en prevención de que se efectúe sin incidentes que pudieran poner en peligro la integridad del área y sus recursos, sin obstaculizar la navegación del buque”.

2. Caso del buque de bandera francesa “Fret Moselle”. Autos: “ONG Finis Terrae s/ medida cautelar”; JFed. Ushuaia, 05/11/2003.

Hechos: El buque “Fret Moselle”, cargado con residuos radiactivos y combustibles gastados provenientes de un reactor de potencia, partió desde Australia el 27/10/2003, con destino al puerto de Le Havre, en Francia.

El capitán se limitó a informar que el recorrido sería por alta mar, sin ingresar en las aguas jurisdiccionales de los diversos países por los que pasaría, pero era sabido que podía utilizar solo dos rutas para llegar a destino: el Cabo de Hornos y el Cabo de Buena Esperanza. El navío, en su recorrido, fue retenido en varias ocasiones por las deficiencias técnicas que presentaba. Chile llegó a afirmar que el buque no pasaría por el Cabo de Hornos.

En la Argentina, la ONG ecologista Finis Terrae interpuso ante el Juzgado Federal de Ushuaia una medida cautelar solicitando no se permita el paso del buque carguero “Fret Moselle” por aguas jurisdiccionales argentinas fundando su pedido en la prohibición expresa del art. 41 de la CN y en la peligrosidad del material transportado. El juez federal Federico Calvente, con fecha 05/11/2003, hizo lugar a la medida solicitada, prohibiendo el ingreso al territorio nacional y el espacio marítimo definido en la

(54) Conforme al portal de Cancillería Argentina <https://www.cancilleria.gob.ar/en/node/34817>.

ley 23.968 (55). El juez dispuso que la Armada Argentina y la Prefectura Naval arbitraran los medios para que el buque de ninguna manera ingrese en aguas territoriales y pidió a las autoridades de la Armada que comunicaran la disposición por radiograma al capitán del barco y a la empresa armadora (56).

La Cancillería argentina confirmó que el buque no pasaría por el Cabo de Hornos. También se refirió a que el transporte de material radiactivo está regulado por normas del OIEA y de la Organización Marítima Internacional (OMI), garantizando que sea seguro para las personas, los bienes y el ambiente, utilizando naves especialmente acondicionadas (57).

3. Fallo “Schröder, Juan c. INVAP SE y Estado Nacional s/ amparo”. CS, 04/05/2010, AR/JUR/11015/2010.

Hechos: Juan Schröder, cineasta y ambientalista, vecino de la localidad de 3 de Febrero, provincia de Buenos Aires, interpuso acción de amparo contra INVAP Sociedad del Estado con el objeto de que se declare la nulidad de una cláusula del convenio (58) firmado en Junio de

(55) Ley 23.968. Sobre Espacios Marítimos de la República Argentina.

(56) Según publica el portal especializado en materia energética Enernews.com <http://www.enernews.com/nota/2160/prohiben-paso-de-buque-con-basura-nuclear>.

(57) Según publica el diario *La Nación*, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/prohiben-pasar-al-barco-con-residuos-nucleares-nid543380>.

(58) Según expresa la procuradora fiscal de la Nación, Laura M. Monti en su dictamen, la cláusula 3.2.3.2 disponía que el contratista (INVAP SE), antes de suscribir el Convenio, confirmó que existía una estrategia viable para la disposición de los elementos combustibles quemados, pero que dicha estrategia no debía involucrar a Australia en la disposición directa del combustible quemado del reactor, ni el reprocesamiento de combustible, como tampoco su almacenamiento indefinido. Además, se previó que este combustible procesado sería devuelto a Australia en cilindros de vidrio, conteniendo los residuos de combustible quemado y los desechos en tambores cementados. Sobre dicha base, interpretó Schröder que las obligaciones asumidas por INVAP SE. involucraba a residuos y desechos radioactivos que, juntamente con el combustible quemado, serían enviados a un país no especificado, donde permanecerían por muchos años en atención a las condiciones exigidas para su retorno a Australia. Ese punto de indefinición de la estrategia para

2000 entre esa entidad y Australian Nuclear and Technology Organization (ANSTO), entidad pública australiana, con sustento en los arts. 41 y 43 de la CN y en el art. 3º de la ley 25.018.

El accionante Schröder interpretó que según esa cláusula se intentaría ingresar al territorio nacional combustible quemado de un reactor de investigación y productor de radioisótopos vendido a Australia, además de otros residuos y desechos radiactivos.

El juez de primera instancia del Juzgado Federal de Bahía Blanca N° 2, rechazó la pretensión por considerar que el perjuicio invocado resultaba conjetural e hipotético ya que, de la cláusula cuestionada por la actora no resultaba que el combustible gastado fuese a ser reprocesado en el país, ni tampoco surgía del convenio celebrado entre INVAP y ANSTO que existiera un compromiso de Argentina en tal sentido.

Apelada la decisión por el fiscal, la Cámara de Apelaciones Federal de Bahía Blanca, sala II, revocó la sentencia de primera instancia hizo lugar a la pretensión y declaró que “es inconstitucional la intención de la accionada de ingresar al territorio del país combustible quemado”, ordenando al Poder Ejecutivo Nacional que adopte las medidas necesarias para hacer efectiva la prohibición de ingreso establecida. Uno de los camaristas, el juez Luis Cotter, expresó que “aun cuando la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión de Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos, ratificada en la Argentina por la ley 25.018, se distinguiera entre los conceptos de 'combustible gastado' y 'residuo' o 'desecho' radiactivos, los mismos se encuentran íntimamente ligados entre sí por existir una relación de causa y efecto indisoluble” (59). Por lo tanto, los combustibles gastados quedan comprendidos dentro de la prohibición del art. 41 de la CN.

la gestión del combustible quemado, residuos y desechos radiactivos, es lo que le hacía pensar fundadamente en que se haría en nuestro país.

(59) *Summa Ambiental, Revista de Derecho Ambiental. Derecho Ambiental. Regímenes especiales. Ingreso al territorio de combustible quemado en un reactor nuclear. Amparo (CS, 04/05/2010, “Schröder, Juan c. INVAP SE y EN s/ amparo”)*, t. IV, JA, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 1ª ed., p. 2668.

Contra el pronunciamiento de Cámara, los demandados interpusieron sendos recursos extraordinarios.

La procuradora fiscal de la Nación, Dra. Laura Monti, en mayo de 2008, señala en su dictamen que, si bien del texto de la sentencia de Cámara se advierte que dos de los jueces coincidieron en la solución final de revocar la sentencia de primera instancia, partieron de premisas y argumentos discordantes. Por lo tanto, agrega, no hay opiniones en mayoría coincidentes sobre los fundamentos expuestos para llegar a la solución planteada en la parte dispositiva de la sentencia.

Manifiesta la procuradora que el juez de Cámara, Dr. Cotter, se pronuncia por hacer lugar a la acción de amparo por resultar inconstitucional la intención de la accionada de ingresar al territorio argentino combustible gastado de un reactor vendido a Australia, residuos y desechos radiactivos, sin aclarar cuál era la norma que estimaba inválida y proponiendo declarar como inconstitucional a la "intención" de INVAP SE y del Estado Nacional de ingresar al país lo mencionado anteriormente. El Dr. Cotter no considera al combustible gastado como residuo.

En tanto su colega, Dr. Planes, coincide en hacer lugar a la acción de amparo declarando la nulidad de la cláusula en cuestión por transgredir el art. 41 de la CN y los arts. 1039 y 1207 del Cód. Civil entonces vigente. Para el Dr. Planes el combustible gastado sí es residuo radiactivo por estar comprendido en el concepto del art. 32 de la ley 25.018, siendo la distinción efectuada por las demandadas un concepto puramente artificial ya que, los residuos, según su apreciación, continúan revistiendo esa calidad más allá de que sirvan o no para otros procesos industriales. Por lo tanto, continúa Planes, si esos residuos son peligrosos o nucleares, no pueden ingresar al país en virtud del párr. 4º del art. 41 de la CN, cuyo principal objetivo es la protección del ambiente.

Agrega la Dra. Monti que el tercer camarista, Dr. Argañaraz, se abstuvo de votar porque consideró que los argumentos de los otros dos camaristas eran complementarios y por lo tanto, hacía uso de la facultad de no suscribir la sentencia establecida por la acord. 60/1990 para el

presidente del año del sorteo (ley 23.482 y dec. ley 1285/1958, art. 26).

INVAP y el Estado Nacional interponen recurso extraordinario contra la sentencia de Cámara alegando principalmente: 1) que la sentencia se funda en extremos erróneos atento a que los combustibles gastados no pueden ser considerados como residuos y que, por lo tanto, no se puede interpretar al art. 41 de la CN en el sentido que será aplicado a materias que son introducidas en el país temporalmente para ser acondicionadas y luego ser devueltas a Australia; 2) que el fallo lleva a la situación de tener que incumplir un contrato de manera unilateral y a que el Estado Nacional transgreda compromisos internacionales; 3) que la sentencia prescinde de lo dispuesto en la Convención Conjunta sobre seguridad en la Gestión de Combustibles Gastados y sobre seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos ratificada por el Congreso de la Nación a través de la ley 25.279 y en el art. 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados (60); 4) la falta de concordancia en los fundamentos de los votos, si bien el resultado de la sentencia fuese similar; 5) que el combustible gastado no reviste la calidad de residuo radiactivo; 6) que el espíritu del art. 41, párr. 4º, de la CN es el de evitar que el territorio nacional se convierta en un "basurero nuclear" y no el de bloquear el desarrollo de una actividad lícita relacionada con la utilización pacífica de la industria nuclear; y 7) que existe en el fallo de Cámara gravedad institucional porque afecta al desarrollo de la ciencia y la industria nuclear argentina, y coloca al país en franca infracción de sus obligaciones internacionales.

La procuradora fiscal concluye en su dictamen diciendo que corresponde revocar la sentencia de segunda instancia, y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que se dicte una nueva sentencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, convoca a una Audiencia Pública de carácter informativo que tuvo lugar el 6 de mayo de 2009,

(60) Convención de Viena sobre los Tratados (Viena, Austria, 1969) "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

donde las partes fueron interrogadas sobre distintos aspectos de la cuestión.

INVAP y el Estado Nacional manifestaron que el acuerdo con Australia se celebró de acuerdo con los estándares internacionales y que nunca importó condiciones gravosas en términos ambientales para el país y ratificaron la idea de que el combustible gastado no es residuo, ya que, luego del proceso de reprocesamiento, vuelve a ser utilizado. Bregaron por una interpretación dinámica y sistémica del art. 41 de la CN, en cuanto que debería agregarse la cláusula del progreso, y específicamente en este caso, el progreso tecnológico. Especificaron que el material combustible gastado no es nuevo para la industria nuclear local porque en la Argentina se produce el mismo tipo de combustible gastado que se utilizaría en el reactor australiano y que, sin perjuicio de los riesgos que esta actividad representa, hasta la fecha no se había reportado un accidente o reclamos por daños ambientales imputables a esta actividad, donde se viese involucrado el combustible gastado.

En la mencionada audiencia, la parte actora destacó que la presente era una cuestión de puro derecho donde lo que se ponía de manifiesto es la necesidad de proteger al ambiente y el derecho a un ambiente sano, ambas dentro del marco del desarrollo sustentable. También afirmó que la prohibición de ingreso contenida en el art. 41 de la CN no diferencia en si los residuos radiactivos tendrán o no utilización posterior, y que el combustible gastado es un residuo radiactivo de alta actividad. Manifestó, respecto de la sentencia de Cámara que declaraba la inconstitucionalidad de una de las cláusulas del contrato en cuestión, que lo decidido hacía referencia a la intención expresada en el contrato y que dicha intención podía resultar una invitación a futuro para que otros países procedan del mismo modo, temiendo la creación de un “basurero nuclear”. Aclaró, además, que los contratantes no habían hecho ninguna distinción entre disposición final y permanencia transitoria, y que la interpretación realizada del art. 41 de la CN, se integraba con el progreso pero en un marco de sustentabilidad, equidad interge-

neracional y a la luz de los principios enunciados en la ley 25.675 (61).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su fallo del 4 de mayo de 2010, afirma que la acción interpuesta por Juan Schröder podría ser calificada como un supuesto ejercicio de derechos de incidencia colectiva que tiene por objeto la protección de un bien colectivo, como es el ambiente. Pero inmediatamente aclara que tanto en este caso como en el caso de la tutela de derechos individuales o de incidencia colectiva referido a intereses individuales homogéneos, es imprescindible la comprobación de la existencia de un “caso” dado que no compete a los jueces hacer declaraciones abstractas o generales sino decidir en una efectiva colisión de derechos que deben ser actuales. Agrega que la protección del ambiente se da a través de la Constitución Nacional, de las leyes y de los precedentes del Tribunal, pero esa tutela no es de puro de derecho ni abstracta ni meramente interpretativa. La defensa se hace efectiva cuando se demuestra la existencia de una controversia.

De la causa no se desprende la existencia de residuos radiactivos, y es respecto de estos que procede la prohibición de la Constitución Nacional. En ese sentido, la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión de Combustibles Gastados y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos (ley 25.279) diferencia entre combustibles gastados y desechos radiactivos, dejando en claro que en la causa se está en presencia de combustible usado y no de residuos radiactivos.

La posibilidad de que se concrete en un futuro el reacondicionamiento del combustible gastado en otro país, hace que el perjuicio invocado sea meramente hipotético. No se puede declarar la inconstitucionalidad de una intención. Por lo tanto, será legítima la declaración de nulidad de una cláusula del contrato entre las partes cuando se demuestre con evidencia clara y concreta que dicha cláusula se opone al ordenamiento legal ambiental, que es de orden público. Pero

(61) Ley 25.675 General del Ambiente (2002). Principios de congruencia, de prevención, precautorio, de equidad intergeneracional, de progresividad, de responsabilidad, de subsidiariedad, de sustentabilidad, de solidaridad, de cooperación.

no respecto de una intención, que indica que un acto puede o no llevarse a cabo.

Aclara la Corte que, en el estado en que se encontraba la causa al tiempo de dictar sentencia, no se podía verificar un supuesto donde fuera aplicable el principio de precaución en tanto no existía prueba sobre un peligro de daño grave o irreversible derivado de esos combustibles en cuestión. Y le sugiere al demandante, Sr. Schröder, que él mismo podrá realizar un seguimiento riguroso de la evolución del cumplimiento del contrato en cuestión, y para el caso de verificar un peligro de daño ambiental que configure un caso contencioso, estará habilitado para actuar preventiva o precautoriamente mediante las acciones judiciales pertinentes.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación falla haciendo lugar al recurso extraordinario y dejando sin efecto la sentencia apelada (62).

VIII. Conclusión

Como en todos los órdenes de la vida, el conocimiento sobre un tema puntual es siempre necesario para tomar posición y adoptar decisiones. Concretamente, respecto de las actividades nucleares, es de destacar el escaso conocimiento por parte del común de la población. Por lo tanto, las entidades de ciencia y tecnología especializadas en la materia, deberían hacer frente a esta falencia del modo más honesto, claro y transparente que sea posible. Se teme a lo que no se conoce.

A partir de la controversia suscitada con el Proyecto Gastre con relación al repositorio geológico profundo destinado a la disposición final de los residuos radiactivos de alta y media actividad elaborado por la Comisión Nacional de Energía Atómica, este fue presentado en la mayoría de los discursos públicos como una amenaza para la salud de las personas y para las economías regionales, que avanzaba sobre las autonomías provinciales afectando a sus recursos naturales (de propiedad de las provincias). Todo esto colocó a la Comisión en contra de los intereses de la población.

(62) *Ibid.*

Los especialistas de esta institución no fueron exitosos al momento de presentar al proyecto como una solución viable y valiosa para un problema real y actual como lo es la necesidad de prever el confinamiento seguro y a muy prolongado término de los residuos nucleares y los combustibles gastados.

Es indispensable también que dichas entidades especializadas gocen de respeto y confianza antes, durante y después de cualquier debate y controversia pública.

Más allá de que el plan nuclear argentino es reconocido en el mundo por perseguir siempre fines pacíficos, han surgido movimientos antinucleares, sin mayores conocimientos sobre el tema y con falta de información suficiente, cuyos reclamos se fueron plasmando en constituciones y leyes provinciales que llevaron a declarar parte del territorio nacional como “No Nuclear”.

Se presenta aquí la paradoja de que mientras Argentina se define como un “país nuclear”, con los establecimientos específicos y el desarrollo de la actividad nuclear propia de esa caracterización, tiene gran parte de su territorio en condición de “no nuclear”. Surgen entonces, contradicciones legales entre las normativas internacionales y las nacionales en contraposición con las provinciales y municipales, cuya solución se hace imperativa para que, ante la creciente generación de residuos radiactivos y combustibles gastados provenientes de los reactores de potencia y de investigación que operan en el territorio nacional, toda consecuencia directa de la actividad nuclear nacional, se les pueda dar el tratamiento adecuado para no perjudicar a las generaciones futuras por algo que disfrutamos las generaciones presentes, al decir del entonces presidente de la Comisión Nacional de Energía Atómica, Carlos Castro Madero.

Para que la actividad nuclear sea sustentable, es crucial una correcta y segura gestión de los residuos radiactivos. Y para ello todas las etapas, desde la obtención del mineral de uranio hasta la disposición final de los residuos y el combustible nuclear, deben realizarse con transparencia y de manera congruente.

Además de comprometerse con los estándares técnicos y de seguridad, se debe poner énfasis en fortalecer los vínculos entre los diferentes actores involucrados (gestionador, generador, decisores políticos, legisladores, sistema científico tecnológico y población en general) emprendiendo acciones de comunicación permanentes y sostenidas en el tiempo que permitan desterrar tabúes al momento de tener que adoptar medidas de vital trascendencia para la actividad nuclear en general y para la gestión de residuos radiactivos en particular. Tal es el caso, por ejemplo, de la ubicación de un futuro e in-

dispensable repositorio geológico profundo, haciéndose imprescindible adecuar la legislación en las diferentes jurisdicciones.

La exacerbación del síndrome NIMBY (*Not In My BackYard* —no en mi patio trasero—) que resulta de las legislaciones provinciales “no nucleares”, además, de contradecir tratados internacionales firmados por Argentina y las leyes nacionales que rigen en la materia, nos lleva a resultados negativos para el objetivo de optimizar la seguridad y la eficiencia en la gestión de los residuos radiactivos y los combustibles gastados.

DERECHO SUSTENTABLE Y DERECHO A LA SALUD

Microbiopolítica y derecho en tiempos de pandemia

La gestación de un orden (socio-)ecológico para una convivencia plural desde el enfoque de la ecología integral

Ana María Bonet de Viola (*)

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. La pandemia como crisis del antropoceno.— IV. Microbiopolítica para una ecología integral.— V. Derechos ecológicos para una ecología integral.— VI. Perspectivas: por una microbiopolítica de la hospitalidad.— VII. Referencias.

I. Resumen

Este ensayo se propone abordar, desde el enfoque de la ecología integral, el potencial del concepto de microbiopolítica para analizar las relaciones jurídico-políticas entre humanos y microbios, en particular en el contexto de la pandemia COVID-19. Como hipótesis se postula que la pandemia puso en crisis la dinámica higienista impuesta por la lógica antropocéntrica, que institucionalizó la eliminación de lo no-humano microscópico, sin advertir, hasta entonces, sus consecuencias (socio-)ecológicas. La gestación de un orden jurídico ecológico —que tenga en cuenta tanto a humanos como a no humanos (en este sentido, integral), incluido los microbios— en sus dispares y diversas relaciones de competencia y cooperación, puede contribuir a la consolidación de una conviven-

cia más plural acorde con la pluralidad y diversidad que *convive* en el planeta.

II. Introducción

“Esta investigación constante debería permitir reconocer también cómo las distintas criaturas se relacionan conformando esas unidades mayores que hoy llamamos ‘ecosistemas.’ (...) Así como cada organismo es bueno y admirable en sí mismo por ser una criatura de Dios, lo mismo ocurre con el conjunto armonioso de organismos en un espacio determinado, funcionando como un sistema. Aunque no tengamos conciencia de ello, dependemos de ese conjunto para nuestra propia existencia” (Papa Francisco, 2015, LS 140).

Las causas socio-ecológicas de la pandemia COVID-19 (Barruti y Shiva, 2020; O’Callaghan, 2020; Andersen *et al.*, 2020) han reivindicado las denuncias que desde hace tiempo vienen sosteniendo diferentes actores y movimientos sociales y ambientales respecto de las devastadoras consecuencias del modelo de convivencia vigente, centrado en el desarrollo (Gudynas, 2003; Sachs, 1996; Esteva, 2009). Denuncias que venían advirtiendo acerca de los efectos negativos de la ilimitada intromisión humana —desde

(*) Investigadora Universidad Católica de Santa Fe - CONICET; postdoctorado CONICET; doctora en Derecho (Universidad de Bremen, Alemania); máster en Derecho - LLM (Universidad de Friburgo, Alemania); abogada (UNL, Argentina); mediadora; directora del Proyecto de Investigación "Derechos humanos y economía. Relaciones y tensiones entre los derechos sociales y ambientales y el orden jurídico-económico transnacional", UCSE, Argentina.

la expansión urbana a la transgénesis—, en los ecosistemas. Sumada a la dinámica expansiva de la globalización (Sousa Santos, 2020, p. 13), estas intromisiones, sobre todo en ecosistemas que hasta entonces se mantenían aislados, son señaladas como causas de la pandemia (Gibb *et al.*, 2020; Gozlan *et al.*, 2020). Tales denuncias sin embargo, no han alcanzado todavía a los microbios, aunque también deban contar como seres que conviven en la Casa Común (cf. Carabáño Aguado y Herrero Álvarez, 2016). En este sentido, la crisis pandémica ha venido a mostrar un potencial microbiano hasta ahora inusitado.

El COVID ha venido a subvertir la dinámica no solo de desconsideración, sino incluso de eliminación de los microbios llevada a cabo por el higienismo —reflejo a nivel microbiano del antropocentrismo—. La pandemia puede ser interpretada en este sentido como un levantamiento de los microbios contra el régimen de dominio y explotación de humanos soberanos sobre lo no humano —incluso sobre los humanos “no soberanos, no autónomos, menos libres”—. Cual “golpe de Estado” el COVID ha instaurado un nuevo orden global. Se ha hecho un lugar en los espacios políticos. Ha obtenido “de facto” un asiento en los parlamentos del mundo, reivindicando de alguna manera la propuesta de Latour acerca de la pertinencia de un ‘parlamento de las cosas’ (2012; 2010), que haga lugar a lo no-humano (cosas para el derecho occidental moderno) en el ámbito de la toma de decisiones.

Este ensayo se propone abordar esta cuestión acerca del espacio político de los microbios a partir del concepto de microbiopolítica de Paxson (2008), que con la Pandemia admite una resignificación particular. Esta resignificación es planteada desde el enfoque de la ética relacional como posibilidad de una microbiopolítica de la hospitalidad. Esto es, como recuperación de los vínculos de sororo-fraternidad entre los seres que habitamos la Casa Común, en términos de la ecología integral.

III. La pandemia como crisis del antropoceno

Las devastadoras consecuencias (socio-)ecológicas de la dinámica higienista que gobierna el modelo (regulatorio) de convivencia gestado desde la modernidad responden a una lógica

antropocéntrica que impone una forma de relación con lo no humano —incluido lo microscópico— antiecológica: de dominio y explotación. Dinámica que, plasmada en el concepto de desarrollo, ha contribuido a la consolidación de un orden de convivencia ecosocial ecológicamente insostenible. La pandemia vino no solo a reivindicar los reclamos ecológicos acerca de tal insostenibilidad, sino a plantear la urgencia de la gestación de otro tipo de convivencia.

Gestado a partir de los presupuestos racionalistas y antropocentristas modernos, el paradigma progresista de dominio, explotación y acumulación de lo no-humano en forma de “naturaleza-objeto-recurso-mercancía” (Bonet de Viola, 2017a; 2017 b), refuerza su *performance* en el siglo XX bajo el modelo del desarrollo (cf. Sachs, 1996). Modelo instaurado, jurídicamente, en torno a la figura ideal del “sujeto moderno” —humano, en su origen masculino, adulto, propietario y económicamente activo y funcional al mercado— como “sujeto de derechos” (cf. Estermann, 2013, p. 2; Martínez, 2019, p. 45). Modelo que funciona bajo una dinámica identitaria, centrípeta y autorreferencial que, por defecto, violenta a las alteridades —humanas y no humanas—; las cuales, si no terminan siendo absorbidas por el sistema identitario y absolutista de aquel sujeto soberano, acaban en sus márgenes, padeciendo las consecuencias de no haber podido asimilarse a él. En efecto, en los márgenes de la identidad soberana moderna yacen tanto humanos (alteridad humana) como no humanos (alteridad no humana o “ecosófica”, cf. Estermann, 2013, p. 2) que no han sabido asimilarse al sistema.

Esta falta de asimilación de las alteridades marginadas se refleja en las crisis socio-ecológicas vigentes que dan cuenta de una común raíz humana (Papa Francisco, 2015, cap. 3). Esta raíz común habilita su abordaje como ecología integral: ecología que tiene en cuenta cada criatura que habita el planeta (1). Sin embargo, esta

(1) En este sentido, no sería necesaria la aclaración de “(socio-)” porque la ecología abarca también a los humanos, y a la sociedad, en cuanto conjunto de estos. En cambio, el concepto de socio-ecología da cuenta de la dicotomía moderna sociedad-naturaleza, que escinde al ser humano de “la naturaleza” del ecosistema, como si no fuera parte de él (sin embargo, se suele continuar utilizando para diferenciar el concepto de los usos

reivindicación, por lo menos en el ámbito del derecho, no ha alcanzado, al amplio espectro de seres microscópicos con los que conviven a diario humanos y demás no-humanos. La pandemia puede ser interpretada como una advertencia acerca de la exigencia ecológica de dar lugar a tal reivindicación. Puesto que, si no se comienza a considerar a lo no humano —microscópico, para el caso—, lo no humano comienza de otra forma, a revelarse.

IV. Microbiopolítica para una ecología integral

El término 'microbiopolítica' es gestado en 2008 por la antropóloga estadounidense Heather Paxson en un estudio sobre la pasteurización del queso y las prácticas alimentarias, para referir a las interacciones entre humanos y microbios. Paxson advertía acerca de los efectos negativos de la pasteurización en la supervivencia de innumerables microorganismos que suelen convivir con los humanos (Paxson, 2008).

Sin embargo, los efectos del accionar humano sobre los microorganismos no se agota en los procesos de pasteurización. Herbicidas, pesticidas, antibióticos, desinfectantes —tanto de uso doméstico como de higiene personal— vienen siendo aplicados, con fines profilácticos o terapéuticos y en este sentido, sin duda, cumpliendo su función. Tal funcionalidad no descarta, sin embargo, sus consecuencias ecológicas.

Las contribuciones de los antibióticos y la higiene en el combate de enfermedades han reforzado una tendencia higienista en el ámbito de la salud. Sin embargo, estas intervenciones suelen barrer no solo los microorganismos patógenos, sino también toda una flora microbiana con la cual conviven los humanos y que —cada vez más estudios dan cuenta e de ello— cumplen más roles vitales que los que los expertos venían considerando (Carabaño Aguado y Herrero Álvarez, 2016, p. 299; Botero Palacio *et al.*, 2015).

Los antibióticos, por ejemplo, no solo alcanzan a las bacterias patógenas que buscan eliminar, sino que suelen afectar otros microbios que conviven en el cuerpo humano, incidiendo

por ejemplo en la flora intestinal (Sebastián Domingo y Sánchez Sánchez, 2018). De la misma manera, los jabones antibacteriales suelen barrer la microbiota epidérmica que convive con el sujeto (Grice *et al.*, 2009). Ello por su parte tiene efectos negativos por ejemplo en la modificación del pH de la flora íntima, contribuyendo a la proliferación de hongos (Ling *et al.*, 2010; Brotman *et al.*, 2013). Podría en el mismo sentido cuestionarse acerca de los alcances del uso de enjuagues bucales y cualquier método de barrido de microbiota (cf. Bik *et al.*, 2010). Puesto que es progresivamente reconocida su relevancia en procesos fisiológicos como la digestión (Sebastián Domingo y Sánchez Sánchez, 2018), la respiración (Costa *et al.*, 2018), el embarazo (Morais *et al.*, 2018), el parto (Uzcátegui, 2016), la lactancia (Fasano, 2018) o el propio desarrollo infantil (Zamudio-Vázquez *et al.*, 2017); sobre todo como regulador del sistema inmune (Serrano y Harris, 2016, p. 299; Barreto, 2018). Incluso es reconocida su relación con el funcionamiento del sistema nervioso central —a través de los que se conoce como “eje microbiota-intestino-cerebro”— (Pineda Cortés, 2017, p 8).

La consideración de estas interacciones viene contribuyendo a revisar la concepción de los microorganismos como seres “aislados y silenciosos”, para reivindicar su condición “relacional y dialogante”. Ello tiene un particular potencial para la reconsideración de los microorganismos desde el enfoque de la ecología humana, en tanto que la salud estaría dada no por su ausencia, sino por una armonía y equilibrio en la relación con ellos. A propósito, la enfermedad vendría a tener lugar frente a la pérdida de tal armonía (Serrano y Harris, 2016, p. 299; Uzcátegui, 2016).

Así como en el ámbito de la ecología humana, el higienismo se plasma también a nivel macroecológico. Los agroquímicos no eliminan solo las plagas que procuran “controlar” sino que destruyen el ecosistema con consecuencias residuales a largo plazo (Devine *et al.*, 2008; Suárez y Brodeur 2013). Expertos en biodiversidad vienen también advirtiendo acerca de los nefastos efectos de los pesticidas, herbicidas y agrotóxicos en general en los ecosistemas (Shiva, 2006).

corrientes de ecología en cuanto "ambiente", entorno del humano).

Estos estudios vienen demostrando que cualquier intervención humana tiene efectos ecológicos mucho más complejos que los que se venían considerando. La crisis pandémica muestra que los microorganismos forman parte del sistema de equilibrio ecológico y que los estudios de impacto de las acciones humanas deben considerarlos.

En este sentido la pandemia resignifica el concepto de microbiopolítica, en tanto permite considerar a los microorganismos no solo desde su potencial patógeno, sino ante todo como “compañeros coevolutivos de la *práxis*, cuerpo y entorno humanos” (Wolf, 2015, p. 308). En este sentido, el potencial del término supera ampliamente la cuestión de la pasteurización y de la producción de alimentos, admitiendo aplicaciones en términos de ecología integral, para abordar la cuestión de los vínculos entre microbios y humanos en general, adquiriendo inclusive especial relevancia frente al COVID.

La propuesta de la ecología integral (Papa Francisco, 2015, cap. 4) refiere justamente a una reconsideración de las relaciones entre los seres que habitan la Casa Común a partir del concepto de “(sororo-) (2) fraternidad universal” que debería tener en cuenta no solo a humanos y lo macro-no-humano, sino también a los “no-humanos” microscópicos (Papa Francisco, 2015, n. 34).

V. Derechos ecológicos para una ecología integral

Así como el derecho no ha sido ajeno a la gestación y sustento de la modernidad y luego del desarrollismo que subyacen al modelo de convivencia vigente, tampoco puede mantenerse al margen de los desafíos que amerita la revisión ecológica, sobre todo, de sus postulados 'insustentables'. La consideración jurídica de los microbios implica en primer lugar la gestación de un ordenamiento que no objetive a lo no-humano, lo cual amerita una revisión de la dicotomía sujeto-objeto, que sostiene la arquitectura jerárquica y antropocentrista del derecho moderno.

(2) La aclaración de género responde a la advertencia derridiana acerca del carácter "androcéntrico" del término fraternidad. Cf. Derrida, 1998, p. 12.

La gestación de un orden jurídico que tenga en cuenta a lo no-humano no implica sin embargo necesariamente la subjetivación de lo no-humano. Si bien debe reconocerse el potencial coyuntural del discurso de los derechos de la naturaleza, sobre todo como estrategia efectiva de reivindicación de lo no-humano, no alcanzaría a subvertir la dinámica de dominio y explotación moderna. Al aferrarse en el concepto de derecho como reivindicación y limitarse a trasladar a lo no humano del polo objeto al de sujeto (cf. Latour, 2010), no llegaría a cuestionar la dinámica identitaria, absolutista y hegemónica que subyace a tal dicotomía (cf. Mattei, 2013, p. 51). Dinámica que contribuye a sostener la insustentabilidad del desarrollo.

La consideración jurídica de todos los seres que habitamos la Casa Común implica pensar lo jurídico desde un enfoque plural, como orden en la diversidad. Ello implica incluso revisar su abordaje como sistema —en todo caso sería un sistema plural y no hegemónico, aunque ello no termina de considerar la diversidad que no logra asimilarse “al sistema”—. En cambio reactualiza enfoques pluralistas, como los premodernos y a-modernos donde convivían fuentes y modelos jurídicos que, aunque escasamente coordinados entre sí, mantenían vínculos no jerárquicos. Pluralismo configurado por mediaciones y por un derecho producido y aplicado “de abajo hacia arriba” (Mattei, 2013, p. 29). Frente a la cierta inseguridad jurídica que tal panorama pueda despertar en el jurista moderno, cabrá la advertencia de Fischer-Lescano y Teubner: para una convivencia plural, en la diversidad, será necesario priorizar debate y disenso a seguridad (cf. Fischer-Lescano y Teubner, 2006, p. 58) —seguridad jurídica que suele funcionar como garantía de perpetuidad del derecho vigente, como garantía del sujeto moderno propietario—.

Para una reconsideración sustentable del orden del derecho, en segundo lugar, sea tal vez ineludible una revisión de la dicotomía jurídica moderna entre derecho y deber. El paradigma moderno de la identidad hegemónica ha conducido a identificar orden jurídico con derecho. Aunque la teoría jurídica admita sus dos acepciones objetiva como ordenamiento y subjetiva como pretensión, la concepción moderna del orden jurídico como “derecho” no puede escindir de su identificación con “pretensión”,

puesto que pone el acento en la faceta 'activa' de un derecho que no puede pensarse sin un deber. En este sentido han manifestado los pueblos asiáticos su reticencia a la asimilación de los derechos humanos por su trasfondo occidental que prioriza derechos por sobre deberes y lo individual por sobre lo comunitario (Habermas, 1999, p. 220).

Para la gestión de una regulación (socio-)ecológica, que tenga en cuenta a todos los seres que conviven en el planeta, parece ciertamente inevitable una revisión de esta lógica autorreferencial e individualista del derecho hegemónico moderno. En cambio tal vez sea tiempo de dar lugar a regulaciones centradas en las relaciones, en las responsabilidades más que en las pretensiones. Sea tiempo de pensar los 'derechos' ante todo como responsabilidades o como "derechos del otro" (Levinas, 2002, p. 131) y al orden jurídico como espacio relacional —"simbólico", en tanto ámbito de el encuentro con la alteridad (Ciaramelli, 2003; 2009, p. 44)—.

Esta relacionalidad del derecho como responsabilidad implica repensar la lógica racionalista y mecánica del orden moderno que sostiene la una dinámica de supervivencia del más fuerte (Mattei, 2013, p. 110). Significa reivindicar en cambio los discursos que asumen el derecho como práctica: como institución contingente, histórico-social (Ciaramelli, 2009, p. 14), como producto político y cultural, similar al lenguaje (Mattei, 2013, p. 69). Estos discursos, en una dinámica ecológica, recuperan la centralidad —también jurídica— de las relaciones de sustento y dependencia. Recuperación que, para no traicionarse a sí misma, no puede sino asumir el riesgo de la diversidad, el vértigo técnico-jurídico que implica para la lógica absolutista del derecho moderno la posibilidad de un pluralismo jurídico.

En tercer lugar, pensar el orden jurídico como 'regulación ecológica' implica revisar la dualidad moderna individuo-sociedad, que se plasma en la dicotomía jurídica 'derecho público-derecho privado'. La correspondencia de tal dualidad con el pensamiento hegemónico occidental, y por lo tanto su coyunturalidad histórica, es denotada cada vez más por la proliferante reivindicación de discursos como el *suma kawsay* andino o el *ubuntu* africano que la desconocen. El buen vivir —como traduc-

ción académica del *suma kawsay*— considera al ser humano como parte inescindible del universo que, en cuanto realidad plural, asume diferencias y complementariedades (cf. Estermann, 2013, p. 5; Vanhulst y Beling, 2013, p. 11; 2013a, p. 6). El *ubuntu*, por su parte significa una comprensión del ser humano colectiva, en tanto cada individuo no puede ser considerado sino como parte de la comunidad (Battle, 2009; Gade, 2011). Ambas cosmovisiones serían difícilmente articulables con una comprensión del ser humano como individuo aislado, sea respecto de la naturaleza, como de la sociedad.

Pensar el orden jurídico como regulación ecológica significa por eso pensar el problema ecológico como cuestión colectiva, lo cual encuentra ciertas restricciones en el abordaje privatista de lo común que suele gobernar las reivindicaciones ambientalistas en la actualidad. En todo caso, si debiera eventualmente ubicarse el problema ecológico en las categorías modernas, por su relevancia comunitaria y su impacto colectivo, cabría en la narrativa del derecho público.

En este sentido y, una vez más, sin denostar su potencial coyuntural como estrategia *de lege lata* para el abordaje de las problemáticas ecológicas, puede señalarse un límite en las propuestas de responsabilidad ambiental abordadas a partir del derecho privado, en particular del derecho de daños. Aunque signifiquen un aporte para recuperar la dimensión colectiva desde el derecho privado, los derechos de incidencia colectiva, la responsabilidad civil aplicada al derecho ambiental (Lorenzetti, 2015; González Hernández, 2012; Álvarez y Cornet Oliva, 2014) o incluso los esfuerzos teóricos por encontrar bienes comunes en las referencias normativas a los derechos de incidencia colectiva, no alcanzan a revertir la dinámica dominial que gobierna la teoría jurídica moderna. Estas estrategias jurídicas en cambio se suceden a menudo como paliativos, enmiendas del mismo sistema hegemónico que, en tanto centradas en las mismas raíces de las crisis que se procuran enmendar, en definitiva terminan contribuyendo a su subsistencia.

VI. Perspectivas: por una microbiopolítica de la hospitalidad

En una reactualización del concepto de microbiopolítica, la subversión microbiana que

significa la pandemia habilitó un nuevo espacio de reconsideración de lo no humano. Este espacio que 'se hizo' el COVID, en los ámbitos políticos, pero también en los ámbitos de intimidad, mostró el poder pero sobre todo el potencial de los microorganismos. Mostró también la urgencia de considerarlos en el orden de la convivencia planetaria, en cada uno de sus niveles. La voz que se hizo el COVID desestabilizó *de facto* 'el orden jerárquico y dominial del antropoceno (cf. Steffen *et al.*, 2011; Trischler, 2017; Equihua Zamora *et al.*, 2016; Mahuelschgen, 2017) abriendo una ocasión —tal vez *kairológica*— para la revisión de la dinámica de explotación que este orden viene sosteniendo sobre lo no-humano, pero también sobre humanos que sistemáticamente vienen siendo desplazados, cuando no absorbidos por la dinámica centrípeta de la regulación moderna.

Al devolver al humano su “condición de criatura”, su carácter de “huésped en esta tierra” (Lv. 25, 23), la revisión de la jerarquía sujeto-objeto recupera la dinámica de sororo-fraternidad, con las demás criaturas con las que convive en la Casa Común (Papa Francisco, 2015, n. 228). La revisión del sistema de hostilidad moderno significa por eso una oportunidad para transitar hacia una convivencia de la hospitalidad (cf. Penchazadeh, 2011, p. 258): una convivencia centrada en la acogida de la alteridad, que a nivel microbiano podría traducirse en una microbiopolítica de la hospitalidad. Acogida de la alteridad microbiana que devuelva el equilibrio, la armonía a la convivencia planetaria.

Sea como sujeto de derechos o no, el orden jurídico deberá considerar una nueva forma de regulación de los vínculos con lo no humano que revise la dinámica de explotación que fue habilitada por su tratamiento como objeto. Ello podría traducirse en una transición del orden hegemónico del derecho moderno hacia una regulación ecológica que, en una dinámica flexible y actualizante, asuma como principal tarea la gestión de las responsabilidades. Una regulación ecológica que funcione como espacio simbólico, como espacio de referencia a la alteridad, como espacio de 'con-vivencia' ecológica —es decir, de mediación entre los órdenes que regulan los ecosistemas— (que dejarían de ser considerados “ley de la selva”).

A nivel político, esta microbiopolítica de la hospitalidad daría lugar al “Parlamento de las cosas” de Latour (2010; 2012), que significa considerar a lo no humano en cada toma de decisión humana. En la práctica jurídica ello implicaría la consideración de los microbios en los estudios de impacto que habiliten las acciones humanas, no solo a nivel ambiental, sino también alimentario, medicinal, industrial. Cuando no se tenga certeza acerca de los efectos de cierta acción sobre la microbiota, o sobre los microbios en general, aplicaría entonces el principio precautorio (pudiera ojalá prevenir pandemias).

Si el siglo XIX fue para el derecho el siglo de las libertades y el siglo XX el de los derechos humanos, tal vez deba el siglo XIX dar lugar a los derechos ecológicos, o mejor todavía (para recuperar el enfoque pluralista y de la responsabilidad) a regulaciones jurídicas ecológicas: regulaciones que tengan en cuenta no solo a los humanos, sino a todos los seres que conviven en el planeta, en esta Casa Común, que es el jardín del mundo.

VII. Referencias

ÁLVAREZ, A. - CORNET OLIVA, V., “Responsabilidad Civil por daño ambiental”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, 0, 2014.

ANDERSEN, K. G. - RAMBAUT, A. - LIPKIN, W. I. - HOLMES, E. C. - GARRY, R. F., “The proximal origin of SARS-CoV-2”, *Nature Medicine*, 26, 450-452. <https://doi.org/10.1038/s41591-020-0820-9>.

BARRETO, B. A. P., “Microbioma and probiotics: from gut to Mars”, *Brazilian Journal of Otorhinolaryngology*, 84, 1-2. <https://doi.org/10.1016/j.bjorl.2017.10.004>.

BARRUTTI, S. y SHIVA, V., “Fase Vandana” entrevista de Barruti a Shiva, *Revista MU*, 2020, 147, 2-5.

BATTLE, M., “Ubuntu: I in you and you in me. I in you and you in me”, Seabury Books, New York, 2009.

BIK, E. M. - LONG, C. D. - ARMITAGE, G. C. - LOOMER, P. - EMERSON, J. - MONGODIN, E. F. - Relman, D. A., “Bacterial diversity in the

oral cavity of 10 healthy individuals”, *ISME Journal*, 4, 2010, 962-974. <https://doi.org/10.1038/ismej.2010.30>.

BONET DE VIOLA, A. M., “La ‘despropiación’ de la naturaleza. Repensar las normas de acceso a los bienes a partir de Laudato si’”, *Rivista Italiana Di Filosofia e Teologia*, 2017, XXXI, 253-269.

BONET DE VIOLA, A. M., “Repensar el sistema apropiativo. Aportes desde el concepto de ‘destino común de los bienes’”, en BONET DE VIOLA, A. M. - VIOLA, F. I. (eds.), *Repensar el desarrollo. Aportes en torno a Laudato Si*, Ed. Grama, Buenos Aires, 2017, ps. 1-11.

BOTERO PALACIO, L. E. - DELGADO SERRANO, L. - CEPEDA HERNÁNDEZ, M. L. - DEL PORTILLO OBANDO, P. - ZAMBRANO EDER, M. M., “The Human Microbiota: the Role of Microbial Communities in Health and Disease”, *Acta Biológica Colombiana*, 2015, 21, 5-15. <https://doi.org/10.15446/abc.v21n1.49761>.

BROTMAN, R. M. - BRADFORD, L. L. - CONRAD, M. - GAJER, P. - AULT, K. - PERALTA, L. - RAVEL, J., “Association between Trichomonas vaginalis and vaginal bacteria”, *Sexual Transmitted Diseases*, 2013, 39, 807-812. <https://doi.org/10.1097/OLQ.0b013e3182631c79.A.association>.

CARABAÑO AGUADO, I. - HERRERO ÁLVAREZ, M., “La era del microbioma”, *Revista Pediatría de Atención Primaria*, 2016, 18, 1.

CIARAMELLI, F., “Lo spazio simbolico della democrazia”, Troina (EN): Città Aperta, ed. TS - WorldCat, 2003.

CIARAMELLI, F., “Instituciones y normas: Sociedad global y filosofía del derecho. Sociedad global y filosofía del derecho”, Ed. Trotta, Madrid, 2009.

COSTA, A. N. - DA COSTA, F. M. - CAMPOS, S. V. - SALLES, R. K. - ATHANAZIO, R. A., “The pulmonary microbiome: Challenges of a new paradigm”, *Jornal Brasileiro de Pneumologia*, 2018, 44, 424-432. <https://doi.org/10.1590/s1806-37562017000000209>.

DERRIDA, J., “Políticas de la amistad”, Ed. Trotta, Madrid, 1998.

DEVINE, G. - EZA, D. - OGUSUKU, E. - FURLONG, M., “Uso de insecticidas: contexto y consecuencias ecológicas”, *Rev. Peru. Med. Exp. Salud Pública*, 2008, 25, 74-100. <https://doi.org/10.17843/rpmesp.2008.251.1241>.

EQUIHUA ZAMORA, M. - HERNÁNDEZ HUERTA, A. - PÉREZ MAQUEO, O. - BENÍTEZ BADILLO, G. - IBÁÑEZ BERNAL, S., “Cambio Global: El Antropoceno”, *CIENCIA Ergo-Sum*, 2016, 23, 67-75.

ESCOBAR, A., “La invención del tercer mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo”, *El perro y la Lana*, Venezuela, 2013, <https://doi.org/10.1073/pnas.0703993104>.

ESTERMANN, J., “Ecosofía andina: Un paradigma alternativo de convivencia cósmica y de Vivir Bien”, *Faia*, II, 2013, <https://doi.org/10.1086/499377>.

ESTEVA, G., “Más allá del desarrollo: la buena vida”, *Revista América Latina en Movimiento*, 2009, 445, 7-18.

FASANO, A., “Another reason to favor exclusive breastfeeding: microbiome resilience”, *Journal de Pediatría*, 2018, 94, 224-225. <https://doi.org/10.1016/j.jpmed.2017.10.002>.

FISCHER-LESCANO, A. - TEUBNER, G., “Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts (1. Aufl)”, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2006.

GADE, C. B. N., “The historical development of the written discourses on Ubuntu”, *South African Journal of Philosophy*, nro. 30 (nov. 2010), 303-329. <https://doi.org/10.4314/sajpem.v30i3.69578>.

GIBB, R. - REDDING - D. W. - CHIN, K. Q. - DONNELLY, C. A. - BLACKBURN, T. M. - NEWBOLD, T. - JONES, K. E., “Zoonotic host diversity increases in human-dominated ecosystems”, *Nature*, 2020, 584(7821), 1-5.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R., “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente”.

te”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2012, XLV, 177-192.

GOZLAN, R. - JAGADESH, S., “Así influyen los cambios medioambientales en la aparición de nuevas enfermedades”, *The Conversation*, 2020, 1-5, <https://theconversation.com/asi-influyen-los-cambios-medioambientales-en-la-aparicion-de-nuevas-enfermedades-131778>.

GRICE, E. A. - KONG, H. H. - CONLAN, S. - DEMING, C. B. - DAVIS, J. - YOUNG, A. C., “Topographical and Temporal Diversity of the Human Skin Microbiome”, *Science*, 2009, 324(5931), 1190-1192.

GUDYNAS, E., “El impacto de la mercantilización de la Naturaleza en la investigación y la sustentabilidad”, en *Simposio Internacional “Prioridades de Investigación Científica sobre Recursos Naturales Renovables para el Desarrollo Sostenible”*, 2003, ps. 147-155.

HABERMAS, J., “Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte”, In M. Brunkhorst, Hauke, Köhler, Wolfgang; Lutz-Bachmann (ed.), *Recht auf Menschenrechte, Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, ps. 216-227.

LATOURE, B., “Nous n’avons jamais été modernes: Essai d’anthropologie symétrique. Essai d’anthropologie symétrique”, *La Découverte & Syros*, Paris, 2010.

LATOURE, B., “Políticas de la naturaleza: Por una democracia de las ciencias”, Ed. RBA, Barcelona, 2012.

LEVINAS, E., “Fuera del sujeto”, Ed. Caparrós Madrid, 2002.

LEVINAS, E., “Entre nosotros: ensayos para pensar en otro”, Ed. Pre-Textos, Valencia, 2001.

LING, Z. - KONG, J. - LIU, F. - ZHU, H. - CHEN, X. - WANG, Y. - XIANG, C., “Molecular analysis of the diversity of vaginal microbiota associated with bacterial vaginosis”, *BMC Genomics*, 2010, 11. <https://doi.org/10.1186/1471-2164-11-488>.

LORENZETTI, P., “La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en

el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Nuevo Código Civil*, 2015, 11.

MARTÍNEZ, J., “Tendencias globales y la emergencia de la economía social y solidaria”, en MARAÑÓN PIMENTEL, B., *Solidaridad económica, buenos vivires y descolonialidad del poder*, Ed. Clacso, México, 2019.

MATTEI, U., “Bienes comunes. Un Manifiesto”, Ed. Trotta, Madrid, 2013.

MAUDELHAGEN, F., “Reflections about Anthropocene”, *Desacatos*, 2017, , 74-89.

MORAIS, J. - CARDOSO, M. - BRANCO, J. - MARQUES, C. - TIXEIRA, D. - FARIA, A. - CALHAU, C., “Gestational diabetes and microbiota: role of probiotic intervention”, *Acta Portuguesa de Nutrição*, 2018, 13, 22-26. <https://doi.org/10.21011/apn.2018.1304>.

O’CALLAGHAN, C., “Salud planetaria y COVID-19: la degradación ambiental como el origen de la pandemia actual”, *ISGlobal*, 2020, 1-5, <https://www.isglobal.org/healthisglobal/-/custom-blog-portlet/salud-planetaria-y-covid-19-la-degradacion-ambiental-como-el-origen-de-la-pandemia-actual/6112996/0>.

PAXSON, H., “Post-pasteurian cultures: The microbiopolitics of raw-milk cheese in the United States”, *Cultural Anthropology*, 2008, 23, 15-47. <https://doi.org/10.1111/j.1548-1360.2008.00002.x>.

PENCHASZADEH, A. P., “Política, don y hospitalidad en el pensamiento de Jacques Derrida”, *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, 2011, 44(enero-junio), 257-271.

PINEDA-CORTES, J. C., “El Microbioma y las enfermedades neurodegenerativas del Sistema Nervioso Central”, *Revista Biomédica*, 2017, 28, 7-10. <https://doi.org/10.32776/revbiomed.v28i1.555>.

SACHS, W. (Ed.), “Diccionario del Desarrollo. Una guía del conocimiento como poder (Vol. 1996)”, Pratec, Perú, 1996, <https://doi.org/10.5755/j01.eee.111.5.347>.

SANTOS, B. D. S., “La cruel pedagogía del virus”, Ed. Clacso, Buenos Aires, 2020.

SEBASTIÁN DOMINGO, J. J. - SÁNCHEZ SÁNCHEZ, C., “De la flora intestinal al microbioma”, *Revista Española de Enfermedades Digestivas*, 2018, 110, 51-56. <https://doi.org/10.17235/reed.20188.4947/2017>.

SERRANO, C. A. - HARRIS, P. R., “Desarrollo del microbioma intestinal en niños. Impacto en salud y enfermedad”, *Revista Chilena de Pediatría*, 2016, 87, 151-153. <https://doi.org/10.1016/j.rchipe.2016.04.002>.

STEFFEN, W. - GRINEVALD, J. - CRUTZEN, P. - MCNEILL, J., “The anthropocene: Conceptual and historical perspectives. Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences”, 2011, 369(1938), 842-867. <https://doi.org/10.1098/rsta.2010.0327>.

SUÁREZ, R. P. - BRODEUR, J. C., “Los agroquímicos y el ambiente. Programa de Formación Integral en el Uso Responsable de los Fitosanitarios”, 2013.

TRISCHLER, H., “El Antropoceno, ¿un concepto geológico o cultural, o ambos? Desacatos”, *Revista de Ciencias Sociales*, 2017, 40-57.

UZCÁTEGUI, O., “Microbioma humano”, *Rev Obstet Ginecol Venez*, 2016, 76, 1-10. <https://doi.org/10.1038/nature>.

VANHULST, J. - BELING, A. E., “El Buen vivir: una utopía latinoamericana en el campo discursivo global de la sustentabilidad”, *Polis - Revista Latinoamericana*, 2013, 36, 2-18.

VANHULST, J. - BELING, A. E., “Buen vivir: la irrupción de América Latina en el campo gravitacional del desarrollo sostenible”, *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica*, 21, 1-14, https://www.academia.edu/5810770/Buen_Vivir_Irrupcion_de_America_Latina_en_el_campano_gravitacional_del_Desarrollo_Sostenible.

WOLF, M., “Microbiopolítica en Antropología cultural y Etnología europea: Un intento de aproximación a las contribuciones microbianas a la producción del conocimiento”, *Sociología Histórica*, , 305-330, 2015.

ZAMUDIO-VÁZQUEZ, V. P. - RAMÍREZ-MAYANS, J. A. - TORO-MONJARAZ, E. M., Cervantes-Bustamante, R., Zárate-MONDRAGÓN, F. - MONTIJO-BARRIOS, E. - CÁZARES-MÉNDEZ, J. M., “Importancia de la microbiota gastrointestinal en pediatría”, *Acta Pediátrica de México*, 2017, 38, 49-62.

DERECHO PROCESAL AMBIENTAL

El proceso ambiental autónomo en defensa del ambiente de las generaciones futuras

Maximiliano Girbau (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Una mirada sobre las generaciones.— III. Reconocimiento de las generaciones futuras como sujetos de derecho.— IV. Características de las generaciones futuras como sujetos de derecho.— V. Otros nuevos sujetos jurídicos del derecho ambiental.— VI. La protección de las generaciones futuras en la actualidad.— VII. El derecho de las generaciones futuras.— VIII. La sustentabilidad y su relación con las generaciones futuras.— IX. Legitimación activa de las generaciones futuras.— X. ¿Y ahora quién podrá defendernos?— XI. La acción preventiva.— XII. Conclusión.

*“Si vivo hasta los 100 años, estaré viva en el año 2103. Cuando pensáis en el futuro no pensáis más allá del 2050. Para, entonces, en el mejor de los casos, no habré vivido siquiera la mitad de mi vida. ¿Qué ocurre después? En el año 2078, celebraré mis 75 cumpleaños. Si tengo niños(as) o nietos(as), quizás pasen ese día conmigo. Quizás me pregunten por vosotros (as), la gente que estaba por aquí allá en 2018. Quizás me pregunten por qué no hiciste nada cuando aún había tiempo de actuar. Lo que hagamos y dejemos de hacer ahora afectará a mi vida entera y a la vida de mis hijos(as) y nietos(as). Lo que hagamos o dejemos hacer ahora, yo y mi generación no podremos deshacer en el futuro.” (**)*

I. Introducción

Hace aproximadamente cincuenta años, la comunidad internacional incorporó en su agenda de problemáticas a la cuestión ambiental. A partir de ese momento y conforme se fue desarrollando, el paradigma ambiental trajo consigo uno de los cambios más importantes que puede darse a nivel ciencia: la manera adecuada en que se la debe pensar, reflexionar, analizar

y aplicar. Es que el derecho ambiental, en gran parte alejado de la doctrina clásica del pensamiento jurídico, se presenta ante este, como irreverente, insurgente y contestatario. Y no es que haya venido a romper con lo ya establecido, sino que ha llegado con un conjunto de novísimos conceptos —propios y adecuados— para la resolución de la compleja problemática que intenta aplacar.

(*) Abogado egresado de la UBA. Diplomatura en Ambiente, Tecnologías y Derecho ITBA. Especialización en Derecho Ambiental UBA. Actualmente cursando el segundo año de la Maestría en Política, Derecho y Gestión Ambiental de la Universidad Austral.

(**) Disponible en: Greta Thunberg TEDxStockholm (Subtítulos español), "Huelga escolar por el clima. Minuto 6.58 y ss." <https://www.youtube.com/watch?v=CCupPAA7Rbc>. Greta Tintin Eleonora Ernman

Thunberg (Suecia, 03/01/ 2003) es una estudiante y activista sueca. En agosto de 2018 se convirtió en una destacada figura dentro de las huelgas estudiantiles realizadas en las afueras del Riksdag (Parlamento sueco), generando conciencia hacia el calentamiento global. En noviembre de 2018, habló en TEDx Estocolmo e inició el movimiento Juventud por el clima, y en diciembre de 2018, ofreció un discurso ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 2018.

Sin duda alguna, conceptos tales como “desarrollo sustentable”, “equidad intergeneracional”, “principio precautorio” y “generaciones futuras” (1), entre otros, encuentran su origen en el seno del derecho ambiental.

Pues aquí, entonces, se hará foco en uno de esas nuevas figuras surgidas a partir del derecho ambiental: las generaciones futuras.

Y si bien no es la primera vez que la ciencia jurídica crea y desarrolla un nuevo sujeto de derecho para atender a puntuales situaciones sociales, lo cierto es que, en el caso de las generaciones futuras, ni la norma, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, lo ha profundizado de manera tal que podamos inferir de quién estamos hablando cuando a ellas nos referimos.

Mucho menos se ha planteado la posibilidad de que las generaciones futuras lleven adelante ante el poder jurisdiccional un requerimiento autónomo (es decir, con independencia de los planteos propios que llevan adelante las generaciones actuales con relación a su protección ambiental), en defensa pura y exclusiva de su derecho.

Es que si bien sabemos que se encuentra reconocida la “existencia” de las generaciones futuras y que cuentan con el derecho a gozar de un ambiente sano, no estamos en condiciones de responder con total certeza a preguntas tan simples como ¿de quiénes hablamos cuando a ellas nos referimos? O bien, si pueden peticionar ante un juez de manera autónoma; y en ese caso ¿quiénes las representarían como legitimados activos?

A partir de este supuesto, se transitará a lo largo del presente trabajo un camino que nos permita llegar a la protección propia del derecho de

las generaciones futuras, porque como bien dice Aníbal Falbo “El ambiente será, entonces, sano si no degrada, no perjudica, no pone en riesgo o peligro, no daña el estado completo de bienestar físico, mental y social de los seres humanos que habitan en el mismo, ni el de aquellos que lo habitarán en el futuro y aún no han nacido, sin que sea necesario exigir la corroboración de afecciones o enfermedades actuales” (2).

II. Una mirada sobre las generaciones

La Real Academia Española define la palabra “generación” como un conjunto de personas que, habiendo nacido en fechas próximas y recibido educación e influjos culturales y sociales semejantes, adoptan una actitud en cierto modo común en el ámbito del pensamiento o de la creación (3).

Por su parte y en la misma línea, para la sociología el término “generación” responde a la idea de una “duración en común” (4). Y sin duda hablar de generaciones futuras es hablar de la continuidad de la raza humana sobre la faz de la tierra.

Interesante es el pensamiento de Comte respecto de cómo las sociedades progresan. Según este filósofo francés del siglo XIX, el progreso está dado por el equilibrio entre los cambios producidos por las nuevas generaciones y la estabilidad mantenida por las generaciones anteriores (5).

Augusto Comte fue uno de los primeros en tratar el tema generacional, y lo hizo desde una visión positivista propia de la época en que se situó: “no hay que ocultar que nuestro progreso social se apoya esencialmente en la muerte; es decir, que los sucesivos pasos de la humanidad suponen necesariamente la continua renovación, suficientemente rápida, de los agentes del

(1) Valeria Berros nos muestra cómo “En el país, la referencia a las generaciones futuras ha tenido un desarrollo mayor en términos constitucionales. No solo por la incorporación del concepto en el art. 41, CN, sino por una numerosa cantidad de cartas constitucionales provinciales que refieren a este, a diferencia del principio de precaución que solo ha sido contemplado por la Constitución de Entre Ríos reformada en 2008” Para más información ver “El principio de precaución en diálogo con el principio de equidad intergeneracional; algunos desafíos abiertos hacia el porvenir”, RDamb 31, P. 23, Cita online: TR LALEY AR/DOC/8273/2012.

(2) FALBO, Aníbal, “La Constitución Nacional y la construcción jurídica del bien ambiente”, JA 0003/013488.

(3) Disponible en <https://dle.rae.es/?id=J3hJP2w>.

(4) LECCARDI, Carmen — FEIXA, Carles, “El concepto de generación en las teorías sobre la juventud”, Última década, 34, CIDP A Valparaíso, junio 2011, p. 11. También disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/udecada/v19n34/art02.pdf>.

(5) *Ibid.* p. 15.

movimiento general, que, poco perceptible habitualmente en el curso de cada vida individual, no se hace verdaderamente pronunciado sino al pasar de una generación a la que sigue" (6).

En el mismo sentido, Ortega y Gasset sostenía que "el hecho más elemental de la vida humana es que unos hombres mueren y otros nacen —que las vidas se suceden—. Toda vida humana, por su esencia misma, está encajada entre otras vidas anteriores y otras posteriores —viene de una vida y va a otra subsecuente—" (7).

John Stuart Mill observaba a la sociedad como el resultado de la sucesión de eventos a lo largo del tiempo, por lo cual la situación de la sociedad es la situación de la sociedad inmediatamente precedente.

Wilhelm Dilthey, con un enfoque histórico-romanticista será el primero en apuntar que al formarse una nueva generación intervienen en ese proceso circunstancias políticas, económicas, sociales, culturales y espirituales que marcan a una contemporaneidad de individuos que se han desarrollado, en cierto modo, juntos a lo largo de un espacio temporal (8).

Karl Mannheim (1928-1952) desarrolló su teoría sobre las generaciones escapando a los postulados positivistas y alejándose de los lineamientos histórico-romántico. Para este autor, las generaciones eran el resultado de discontinuidades históricas, es decir, del cambio. De esta manera, quienes integraban una generación (generación en sí según los términos de Mannheim) habían presenciado acontecimientos disruptivos que marcaban un antes y un después en la sociedad.

Al igual que para Mannheim, Philip Abrams, el sociólogo inglés de principios de la década del 80, consideraba que las generaciones no se continúan unas a otras en términos temporales

(6) MARÍAS, Julián, "El método histórico de las generaciones", Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1961.

(7) ORTEGA Y GASSET, José, "La idea de las generaciones", en *Obras completas*, Ed. Alianza, Madrid, 1983, t. II, y Ed. Espasa, Austral, 2005, ps. 145 y ss.

(8) MARTÍN, A., "La teoría de las generaciones de Ortega y Gasset: una lectura del siglo XXI", *Tiempo, marco y espacio*, 2017, vol. 20-2008, Chile, ps. 98-110.

de diez, quince o treinta años, sino que aparecen una nueva generación cuando por cambios paulatinos de carácter económicos, políticos o culturales, vacían de contenido las experiencias sociales que imperaban en aquella vieja generación.

Por su parte, el sociólogo polaco Zygmunt Bauman resalta que "Los límites que separan a las generaciones no están claramente delimitados, no pueden dejar de ser ambiguos y traspasados y, desde luego, no pueden ser ignorados" (9).

Como puede apreciarse, ciencias sociales como la filosofía, la sociología y la psicología, han venido desde comienzos del siglo XIX desarrollando diferentes teorías acerca de las "generaciones" y, más allá de sus matices, todas ellas son coincidentes acerca de que lo que hagan las generaciones actuales repercutirá —en clave de causa y efecto— en las generaciones venideras y así, inexorablemente, en el futuro de la humanidad.

Tomar conciencia plena de lo antedicho deberá traducirse en un obrar en consecuencia. Para ello, en lo que aquí respecta, se tendrán que dejar de lado preconceptos adquiridos y observar con una mirada distinta, porque distinto es el problema y distinta deberá ser la solución.

III. Reconocimiento de las generaciones futuras como sujetos de derecho

Sin pretender llevar adelante un análisis riguroso respecto de la evolución histórica que tuvo la figura de las generaciones futuras, resulta adecuado recorrer (aunque de manera sucinta) los principales instrumentos jurídicos que dieron origen e institucionalizaron a este nuevo sujeto de derecho, tanto en el plano internacional, como en el interno.

Podemos decir que los grandes problemas ambientales aparecen de la mano de la Revolución Industrial. En efecto, basta con observar imágenes del siglo XIX, en donde las grandes chimeneas industriales arrojando humo simbolizaban el progreso y el desarrollo de una sociedad económica pujante, como para sostener

(9) BAUMAN, Zygmunt, "Entre nosotros, las generaciones", en LARROSA, J. (ed.), *Coexistiendo entre generaciones*, *Fundació Viure i Conviure*, Barcelona, 2007, p. 373.

que en aquella época no existía el más mínimo interés en proteger al ambiente.

Como es sabido, esa etapa se caracterizó por una apropiación y explotación de los recursos naturales sin ningún tipo de control y cuyo único límite era la capacidad tecnológica del hombre.

Será, entonces, a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuando aparecen las primeras voces alertando de la problemática ambiental. En este sentido, la publicación en el año 1962 de *La primavera silenciosa* (10) —*Silence Spring* según su título en inglés— de la zoóloga estadounidense Rachel L. Carson puede considerarse como la obra fundadora de la conciencia ambiental de las sociedades occidentales.

III.1. En el ámbito internacional

En 1968, en Roma, un pequeño grupo de personas —entre ellas científicos, investigadores, académicos y políticos— representativas de 30 países forman una organización no gubernamental destinada a enfrentar los prejuicios ambientales que la contaminación estaba provocando. Nació de esta manera el Club de Roma (11).

Años más tarde, en 1972, por encargo del Club de Roma, el Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT) publica un informe que llevará como título “Los límites al crecimiento” —también conocido como “Informe Meadows” en referencia a la mujer que lo presentó (12)—. Si bien de este informe no surge la figura de las generaciones futuras; lo que sí hace es extender la línea de tiempo de sus previsiones más allá de las consecuencias ambientales y económicas que recaen

(10) https://es.wikipedia.org/wiki/Primavera_silenciosa.

(11) http://www.clubderoma.org/esp/tareas_responsabilidades.htm.

(12) Dirigió la obra “Límites al crecimiento, y propuso los doce puntos de influencia para intervenir en un sistema. Estudió Química en el Carleton Collage en 1963, y un doctorado en Biofísica en la Universidad de Harvard en 1968. Después se convirtió en investigadora del MIT, donde colaboró cercanamente a Jay Forrester, quien desarrolló la dinámica de sistemas y del principio de almacenamiento magnético para las computadoras. A partir de 1972 dio clases en el Dartmouth Collage por 29 años. (https://es.wikipedia.org/wiki/Donella_Meadows).

sobre las generaciones actuales (de aquel entonces). Recorriéndolo, podemos encontrarnos con conclusiones tales como la siguiente: “si la industrialización, la contaminación ambiental, la producción de alimentos y el agotamiento de los recursos mantienen las tendencias actuales de crecimiento de la población mundial, este planeta alcanzará los límites del crecimiento en el curso de los próximos cien años” (13).

Será en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, celebrada en la ciudad de Estocolmo durante los días 5 a 16 de junio de 1972, cuando aparezca por primera vez la figura de las generaciones futuras. El principio 1 declara que el hombre tiene derecho fundamental al disfrute de condiciones de vida adecuada en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A su vez, el principio 2 de la Declaración sobre Medio Humano establece que “Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación y ordenación, según convenga” (14).

En 1987 la Comisión Mundial Sobre Medio Ambiente y Desarrollo publica su primer informe que, bajo el nombre “Nuestro futuro común”, establecerá el concepto de *desarrollo sostenible* —como se verá más adelante este principio se encuentra íntimamente relacionado con las generaciones futuras a partir del puente de la llamada *equidad intergeneracional* que debe existir entre aquellas y las generaciones actuales—. Como breve adelanto, se ha llamado desarrollo sostenible a aquel modo de desarrollo que garantiza las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades (15).

(13) https://es.wikipedia.org/wiki/Los_l%C3%ADmites_del_crecimiento.

(14) <https://undocs.org/es/A/CONF.48/14/Rev.1>.

(15) <https://undocs.org/es/A/42/427>.

Cinco años más tarde, en 1992, se llevará a cabo en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, la Convención sobre Medio Ambiente y Desarrollo (16), cuya declaración se transformaría en la más importante hasta el día de hoy, ya que, se institucionaliza a nivel internacional una serie de principios que le darán identidad y fuerza al derecho ambiental en el plano internacional.

Respecto de las generaciones futuras, el principio 3 de la Declaración de Río 92 establece que “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras” (17).

De la Declaración de la Conferencia General sobre Desarrollo Sostenible del año 2002, llevada a cabo en Sudáfrica, más precisamente en la ciudad de Johannesburgo, acerca del desarrollo sostenible, los Estados parte han dejado en claro la necesidad de fomentar formas de producción y consumo sustentable, y de ella, surge la característica tripartita de la sustentabilidad: la

dimensión económica, la dimensión ambiental y la dimensión social (18).

En la llamada conferencia de Río+20, del año 2012, bajo el nombre “El futuro que queremos”, Anexo I, se transcribe: “Nosotros, los Jefes de Estado y de Gobierno y los representantes de alto nivel, habiéndonos reunido en Río de Janeiro (Brasil) del 20 al 22 de junio de 2012, con la plena participación de la sociedad civil, renovamos nuestro compromiso en favor del desarrollo sostenible y de la promoción de un futuro sostenible desde el punto de vista económico, social y ambiental para nuestro planeta y para las generaciones presentes y futuras” (19).

En el año 2015, en la ciudad de Nueva York, se aprobó la “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, que implica la adopción de un plan de acción de 17 objetivos y 169 metas a ser alcanzadas. Este documento, en consonancia con la Cumbre de Johannesburgo considera que “los Objetivos y las metas son de carácter integrado e indivisible y conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental” y además, sostiene que “Estamos decididos a proteger el planeta contra la degradación, incluso mediante el consumo y la producción sostenible, la gestión sostenible de sus recursos naturales y medidas urgentes para hacer frente al cambio climático, de manera que pueda satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras” (20). Nuevamente, observamos cómo el criterio de sustentabilidad y el sujeto generaciones futuras transcurren en consonancia.

Ese mismo año, en el mes de diciembre, se llevará adelante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que dará como resultado el Acuerdo de París. El acuerdo versa sobre la necesidad de dar freno al calentamiento global producido por el cambio climático surgido en la era industrial a partir del desarrollo sostenible, pero también podemos encontrar referencias a la cuestión de las generaciones futuras criterios tales como: “Reconociendo que el cambio climático es un problema

(16) Convocada por la Asamblea General en la res. 44/228 del 20/12/1988. Dio origen a la creación de la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible. El documento final se publicó en tres volúmenes: Resoluciones adoptadas por la Conferencia. Actas de la Conferencia. Declaraciones formuladas por los Jefes de Estado o de gobierno en el segmento de la Cumbre de la Conferencia. Tres importantes acuerdos fueron adoptados: Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, una serie de principios que define los derechos y responsabilidades de los Estados. Programa 21, un plan de acción mundial para promover el desarrollo sostenible. Declaración de Principios Forestales, un conjunto de principios que sustentan la gestión sostenible de los bosques en todo el mundo. Se llevó a cabo la apertura a firma de dos tratados multilaterales: Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y Convenio sobre la Diversidad Biológica. La Conferencia fue convocada por diversas iniciativas importantes en otras áreas fundamentales del desarrollo sostenible, tal como la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo. Las negociaciones dieron inicio a una Convención de Lucha contra la Desertificación y a un Acuerdo sobre poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias. Disponible en: <https://research.un.org/es/docs/environment/conferences>.

(17) <https://undocs.org/es/A/CONF.151/26/Rev.1%28Vol.1%29>.

(18) <https://undocs.org/es/A/CONF.199/20>.

(19) <https://undocs.org/es/A/CONF.216/16>.

(20) <https://undocs.org/es/A/RES/70/1>.

de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional”.

Otros acuerdos y convenciones internacionales que involucran a las generaciones futuras son: Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación (1994), Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos (1997). La Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en 1997 que aborda directamente la cuestión, la Carta Mundial de la Naturaleza (1982), también se refieren a la necesidad de proteger a las generaciones futuras, La Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena (1946), la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (1973), el Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales (1968), la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u otros Fines Hostiles (1977), la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (1979), la Convención relativa a la Conservación de la Fauna y la Flora y del Medio Ambiente Natural de Europa (1979), el Convenio para la Salvaguardia del Patrimonio Arquitectónico de Europa (1985), el Acuerdo de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales (1985), el Convenio de París para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste (1992), la Convención sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales (1992), la Convención sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (1992), el Acuer-

do de Cooperación Ambiental de América del Norte (1993), la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (1998), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (2001), el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (2003), la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005), el Tratado Antártico (1959), el Acuerdo que debe regir las Actividades de los Estados en la Luna y otros Cuerpos Celestes (1979), la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982), y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la (1997).

III.2. En nuestro país

Con el advenimiento de la cuestión ambiental en el plano internacional, comienza a gestarse en nuestro país el proceso de constitucionalismo ambiental.

Si bien con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 en varias constituciones provinciales podemos encontrar previsiones de carácter ambiental, lo cierto es que en ellas se establecía una protección estática o indirecta del ambiente.

Este hecho obedece a que, en realidad, lo que las provincias buscaban proteger era al recurso natural en sí mismo y no al ambiente como hoy por hoy se lo puede entender: entorno (*environment*) en donde se lleva adelante la interrelación de elementos naturales y culturales y en donde el hombre se desarrolla económica, social y culturalmente. Será, entonces, con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, que las constituciones provinciales adoptarán verdaderas cláusulas protectoras del ambiente (21).

(21) Por citar algunas: Const. Santa Cruz 1957, art. 74; reforma 1998, art. 73; Const. Chaco 1957, art. 40; reforma 1994, art. 38; Const. Neuquén 1957, arts. 102 a 104; reforma 2006, art. 54; Const. Chubut 1967, arts. 99 a 108; reforma de 1994, arts. 109 a 111, etc. Para mayor información ver LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, "Derecho ambiental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., ps. 44 a 81.

Hecha la aclaración, en el plano nacional las generaciones futuras encontrarán su reconocimiento con la reforma constitucional de 1994. En efecto, el art. 41 en su primer párrafo consagra que “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo”.

Si bien Nuestra Constitución, junto con la de Ecuador y Bolivia, son las únicas tres constituciones en Latinoamérica que tratan a las generaciones futuras como sujetos de derecho, Marcelo López Alfonsín señala que “la Constitución argentina es la primera en el mundo que recoge este novísimo concepto, en consonancia con la moderna y progresista visión de los informes del programa de las Naciones Unidas para el desarrollo —PNUD—, elaborados a partir de 1990 (...) se trata de un verdadero programa de políticas públicas en el que debe estar presente una nueva noción de la equidad en su versión intergeneracional” (22).

Sumado a lo antedicho, como bien nos explica Néstor Cafferatta “y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras” es casi textual la definición de “Desarrollo Sustentable”, del Informe de Naciones Unidas “Nuestro Futuro Común” y, por otro lado “destaca el claro sesgo de ‘solidaridad’ que trasluce el art. 41 de la CN (Bidart Campos). Y que ‘no comprometer las generaciones futuras’, es un concepto de solidaridad colectiva o intergeneracional (Carnotta - Maraniello)” (23).

Mario Valls marca la dependencia existente entre el desarrollo sostenible y las generaciones futuras al decir que (la reforma constitucional) “incorpora el principio de desarrollo duradero cuando manda que el ambiente debe ser apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades

presentes sin comprometer las de las generaciones futuras” (24).

Por su parte, Horacio Rosatti entiende que “La referencia de la cláusula constitucional a las generaciones futuras abre el análisis a una dimensión novedosa y lo vincula —en nuestro criterio— a la definición misma de Nación (...) en términos medioambientales, la Nación entendida como vinculación intergeneracional respetuosa y responsable supone evitar contraer en el presente una ‘deuda ambiental’ que deba ser soportada o sufrida por el porvenir” (25).

En cuanto a la normativa de presupuestos mínimos, la ley 25.675 General del Ambiente, sancionada en el año 2002, contiene en su art. 2º, inc. b) como uno de sus objetivos de política ambiental (el) “Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria”.

En su art. 4º, la ley dispone que la interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:

Principio de 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. Lo interesante de este principio (derivado del Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre medio ambiente) es que no solo marca al derecho ambiental como un derecho de tercera generación basados en la búsqueda de la paz, la solidaridad, la cooperación, la preservación del ambiente; si no que, al decir de Morello, se instituye como un derecho de cuarta generación al establecer un “deber exigible de conservación o preservación de los recursos naturales (...) a favor de un tercero, constituida por un grupo igualmente protegido: las generaciones futuras” (26).

(24) VALLS, Mario F., "Derecho ambiental", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, 3ª ed., p. 107.

(25) ROSATTI, Horacio D., "Derecho ambiental constitucional", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, 1ª ed., 1ª reimp., p. 73.

(26) MORELLO, Augusto M., "Estudios de derecho procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", Ed. Platense, 1998.

(22) LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, ob. cit., p. 118.

(23) CAFFERATTA, Néstor A., "Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., t. I, p. 204.

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.

Por el lado de la jurisprudencia, nuestro máximo tribunal federal ha sostenido que “el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental 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” (27).

IV. Características de las generaciones futuras como sujetos de derecho

La cuestión de la personalidad jurídica ha sido objeto de desarrollo a lo largo de la historia del derecho, con lo cual, la aparición de un nuevo sujeto jurídico no resulta algo inédito ni mucho menos.

Sin embargo, como hemos dicho, ni la norma, ni la doctrina, ni la jurisprudencia han profundizado en los aspectos característicos que hacen a la persona jurídica generaciones futuras.

Sin pretender arrogarnos tamaña tarea, daremos nuestra humilde visión respecto de las características que, para nosotros, detentan las generaciones futuras; toda vez que consideramos de suma utilidad para el correcto desarrollo del presente trabajo, caracterizar al sujeto del que estamos hablando. Darle cierta identidad, de alguna manera “personificarlo”.

Todo ello con el convencimiento de que, con el correr del tiempo, todo sujeto jurídico es posible de ser modificado. Es más, como se verá a continuación, hasta la misma persona humana (como sujeto jurídico) ha desfilado por la metamorfosis jurídica a lo largo del tiempo.

(27) CS, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", 20/06/2006, Fallos 326:2316, Cita online: TR LALEYAR/JUR/1945/2006.

Sin ir más lejos, hasta los mismos seres humanos eran tratados de manera diferenciada por la ley. Así hablaba Aristóteles: los unos son naturalmente libres y los otros naturalmente esclavos (28).

IV.1. La persona humana

En la antigua Roma —pilar fundacional del derecho continental europeo— solo tenía plena capacidad jurídica el ciudadano libre no sujeto al *pater familias*.

Con el advenimiento de las revoluciones en Estados Unidos y Francia, se llevará a cabo un proceso de reconocimiento paulatino —cuando no lento (29)— al valor intrínseco de la persona humana como sujeto pleno de derecho.

En la Argentina, la abolición de la esclavitud llegará el 01/05/1853, cuando entró en vigencia el art. 15 de nuestra CN (30).

Juan Carlos Palmero recuerda que ningún Código Civil, salvo el argentino, introdujo como ley escrita una teoría general de las personas en el siglo XIX, lo que significó haber abierto una brecha inmensa en el campo de la ciencia jurídica. “Vélez Sarsfield fue quien abrió camino a un tema particularmente complicado”, remarcó. Identificó como punto de partida al art. 30, que define a las personas como entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones. También mencionó una crítica que se le ha he-

(28) ARISTÓTELES, "Política", Libro primero, cap. II, "De la esclavitud".

(29) En Francia tras la Revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se abolió la esclavitud el 07/02/1794 en la Convención Nacional. Sin embargo, Napoleón restableció la esclavitud el 20/05/1802. La abolición definitiva llegó el 27/04/1848. En Estados Unidos de Norteamérica mediante la Proclamación de Emancipación (promulgada por el presidente Abraham Lincoln, en la que se declaraba la libertad de todos los esclavos en el año 1863 y entró en efecto por primera vez al final de la Guerra Civil 1865), los abolicionistas americanos obtuvieron la liberación de los esclavos en los estados en los que seguía habiendo esclavitud y la mejora de las condiciones de los americanos negros en general. El movimiento abolicionista abonó el campo para el movimiento para los derechos civiles estadounidense. <https://es.wikipedia.org/wiki/Abolicionismo>.

(30) <https://www.historiahoy.com.ar/como-se-abolio-la-esclavitud-argentina-n935>.

cho a Vélez Sarsfield con relación al artículo, debido a no haber invadido la parte espiritual de la persona. Resaltó que el aspecto del artículo era técnico-jurídico con una finalidad de elaborar la construcción tripartita de la subjetividad dentro del campo del Derecho (31).

En el Código Civil de Vélez se estructuraba la cuestión de la personalidad jurídica de la siguiente manera (32):

Definía en su art. 30 a la persona como “todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”.

Establecía en su art. 31 que existían dos clases de personas: “las de existencia ideal o las de existencia visible”. A su vez en su art. 32 reconocía a las personas de existencia ideal por descarte: “todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas”.

En cuanto a las personas de existencia visible, el art. 51 las identificaba a partir de “signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes” y comenzaban su existencia “Desde la concepción en el seno materno” conforme lo estipulara el art. 70 (33).

La sanción del Código Civil y Comercial implicó una serie de modificaciones acerca del tratamiento de la personalidad jurídica.

En su art. 19 se establece que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción” y que se entiende por época de la concepción al “lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo” conforme al art. 20 del citado cuerpo normativo.

Como bien apunta el Reviriego, el Código Civil y Comercial, a diferencia del Código de Vélez, no contiene ninguna definición de persona física o de existencia visible a la que denomina persona humana —como lo hace el Proyecto de

1998—, ello porque si hay algo que no requiere definición, menos en un cuerpo de leyes, es el propio ser humano (Llambías) (34).

Por su parte, como destaca Palmero (el Código Civil y Comercial) “agrega la definición de la persona jurídica en el art. 141, la cual comprende que la persona jurídica no es persona, sino que es un conjunto de leyes que unifica una relación compleja. Opinó que los cambios realizados en el proyecto no hacen más que dejar las cosas como estaban y reseñó que, en el Código Civil, Vélez Sarsfield no definió a la persona jurídica porque no quiso interferir en la evolución de la discusión científica, y el proyecto no hace más que definir lo que es una persona jurídica” (35).

De esta forma, el art. 141 establece que “Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”. Y el art. 142 fija el comienzo de su existencia “desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla”.

IV.2. La persona por nacer

El instituto de la persona por nacer también ha sido hartamente desarrollado a lo largo de la historia. Ya en el derecho romano, al concebido (*qui in utero est*) se lo consideraba persona humana y el *pro nato* gozaba de los mismos derechos que el nacido en todo lo que le beneficiara (*pro iam nato habetur*). También era admitido a la herencia legítima y se le podía nombrar curador (36).

En el plano interno, el anterior Código Civil, desarrollaba la figura de la persona por nacer a lo largo de 16 artículos. Entre las notas caracte-

(34) RIVERA, Julio C. – MEDINA, Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª rf., 2ª reimp., t. I, p. 114.

(31) <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/la-persona-humana-en-el-codigo-civil-de-velez-sarsfield-y-en-el-proyecto-de-codigo-civil/+5158>.

(32), Cita online: TR LALEY AR/LEGI/4ZW3.

(33) *Ibid.*

(35) <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/la-persona-humana-en-el-codigo-civil-de-velez-sarsfield-y-en-el-proyecto-de-codigo-civil/+5158>.

(36) <https://www.maternidadvulnerable.com.ar/2018/07/23/las-raices-romanistas-de-nuestro-codigo-civil-en-torno-a-la-persona-por-nacer/>.

rísticas, podemos resaltar que Vélez la definía como las personas que no habiendo nacido se encontraban concebidas dentro del seno materno, art. 63; que comenzaban su existencia desde la concepción dentro del seno materno (por el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia también se reconocía como persona al embrión concebido fuera del seno materno), art. 70; podían recibir derechos derivados de herencia o donación (aquí también la doctrina y la jurisprudencia desarrollaron esta cuestión ampliando extendiendo el derecho a alimentos, indemnización por daños y perjuicios, etc.) y se establecía que los padres, y a falta o incapacidad de estos, un curador, llevarían adelante la representación jurídica de aquellas, art. 57, inc. 1º, por medio de los cuales podían adquirir derechos y contraer obligaciones, art. 56.

La sanción del Código Civil y Comercial, como bien destaca Rivera implicó echar por tierra todo tipo de discusión respecto del comienzo de la existencia de la persona humana. En efecto, la redacción del art. 19 no deja duda al hecho de que la concepción aparece en el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide, ya sea dentro del seno materno o en un laboratorio.

En lo que respecta a la capacidad, las personas por nacer resultan incapaces de ejercicio (art. 24), ejerciendo estos solo a partir de sus representantes: sus padres —art. 101, inc. a)— (37).

Y tanto en el anterior Código Civil como en el actual, la persona por nacer cesaba como tal al momento de nacer con vida.

IV.3. Las generaciones futuras

En un principio podríamos suponer que existen numerosas similitudes —y vínculos— entre el sujeto jurídico persona humana y el sujeto jurídico generaciones futuras.

Podríamos sostener que las personas por nacer son, sin duda alguna, parte integrante del sujeto jurídico generaciones futuras.

(37) RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, ob. cit., t. I, p. 135.

Sin embargo, deberíamos hacer un distinguo entre “nuestras generaciones futuras” en sentido de *frase gramatical* (38) (es decir, como aquella que expresa un sentido o una idea común) y generaciones futuras como sujetos jurídicos.

Como frase gramatical “nuestras generaciones futuras” comprendería —o estaría integrada— no solo por las personas por nacer, sino que, además, podríamos incluir a “nuestros niños” y a “nuestros jóvenes” (39).

Pero lo cierto es que tanto, niños, jóvenes y las personas por nacer, son parte integrante de las actuales generaciones.

La sociología, de la mano del estudio de las cohortes generacionales, nos muestra cómo dentro de las generaciones actuales coexisten diversas (micro) generaciones (40).

(38) Disponible en: https://www.ejemplode.com/12-clases_de_espanol/65-ejemplo_de_frase_gramatical.html.

(39) Por ejemplo, en la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en 1997.

(40) Hoy en día contamos con la siguiente clasificación: entre 1901 y 1924 generación grandiosa, o “vieja guardia”; de 1925 a 1942 Generación Silenciosa; de 1943 a 1960 los *baby boomers*; entre 1961 y 1981 la generación X, de 1982 a 2001 La generación Y o *millennials*, y desde el 2002 a la actualidad la generación Z. De esta manera se ha explicado, como la generación llamada “*baby boomers*” ha vivenciado dificultades para administrar su tiempo y dinero por situaciones que generaciones pasadas no habían experimentado, como por ejemplo que los padres de los baby boomers vivieron más tiempo que los de generaciones anteriores, con lo cual, además, de cuidar a sus hijos también cuidaron a sus padres cuando estos llegaron a la ancianidad. También se ha dicho que la generación X se define a partir de una serie de conductas rebeldes en los jóvenes en Inglaterra que comenzaron a romper las pautas y costumbres anteriores como no creer en Dios a tener relaciones sexuales antes del matrimonio. Por su parte, La Generación Y ha experimentado, tal vez más que cualquier otra, la disolución de la familia. Tasas de divorcio más altas. Más hogares donde ambos padres trabajan. En comparación con sus padres y abuelos, esto ha cambiado grandemente sus relaciones familiares. Quizás esto mismo los haya llevado a ser más orientados hacia los de su propia edad y a dar muchísima importancia a la cultura del lugar donde trabajan. Para mayor in-

Bajo nuestra óptica, pareciera ser que cuando se invoca a los —actuales— niños y jóvenes como representantes de nuestras generaciones futuras, se lo hace a modo de referencia a quienes en un futuro —cercano—, serán los encargados de tomar las decisiones (políticas, económicas, sociales, etc.) que hoy por hoy tomamos los adultos.

Sin embargo, tampoco creemos que las generaciones venideras como sujetos de derecho se encuentren conformadas por “personas futuras” (41).

En realidad, nuestra postura se inclina por considerar a las a las generaciones futuras como un sujeto de derecho colectivo independiente y autónomo de quienes lo fuesen a integrar.

Esta postura se basa en tener plena conciencia de que, lo que hoy podemos calificar como “normal” o “adecuado” mañana puede no serlo. A la inversa, lo que hoy podría llegar a ser “disparatado” podría trocarse en algo “normal” a la luz de las generaciones venideras.

Recorrimos brevemente cómo en la Antigua Roma era impensado que los esclavos tuviesen los mismos derechos que un ciudadano, o como era inimaginable que la persona por nacer pudiese ser concebida de forma distinta a la natural.

formación consultar en: <http://www.editoriallapaz.org/generaciones.htm>.

(41) Vélez en su nota al art. 63 del Cód. Civil explicaba las diferencias entre las personas por nacer y las personas futuras: “Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar. El art. 22 del Cód. de Austria, dice: “Los hijos que aún no han nacido, tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero”. Lo mismo el Cód. de Luisiana, art. 29 y el de Prusia, 1ª parte, tít. 1, art. 10. Pero el Cód. de Chile en el art. 74, dice: “Que la existencia legal de toda persona principia al nacer”; pero si los que aún no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada? En el derecho romano había acciones sobre este punto. *Nasciturus habetur pro nato. Nasciturus pro iam nato habetur si de eius commodo agitur*, etc. Se oponen a estos, otros textos del Digesto. Savigny los explica perfectamente, demostrando que no hay contradicción entre ellos (t. 2, p. 11).

En la misma línea, ¿por qué no considerar la posibilidad de que las generaciones futuras puedan ser integradas —además de por personas humanas— por animales, especies vegetales, un río o una montaña?

Y si bien esta es una posición que puede, hoy por hoy, generar controversia, lo cierto es que nadie puede sentenciar que se trata de una posibilidad que no pueda ser tenida en cuenta a futuro.

Pero lo concreto es que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las generaciones futuras sin hacer mención alguna a sus características y muchos menos a elementos o requisitos constitutivos.

Por lo expuesto, nos inclinamos en sostener que el sujeto colectivo generaciones futuras existe en sí mismo como un *todo* completo, sin necesidad de recurrir a las *partes* para encontrar su justificación existencial.

Y es que, si bien ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico, no ha dejado de ser, en parte, una entelequia, una figuración ideal y perfecta de la imagen de la humanidad actual a futuro y cuyo principal aporte al derecho ambiental consiste en que este pueda extender en el tiempo sus fronteras preventivas y precautorias.

En este sentido, podría decirse que las generaciones futuras son como el horizonte: existe, está allí adelante, pero si avanzamos diez pasos hacia donde se encuentra, entonces, él se alejará en diez pasos. Y si alguien se pregunta ¿para qué le sirve al derecho ambiental ir en su búsqueda? La respuesta sería que, justamente, le sirve para eso: para caminar hacia adelante, para avanzar (42).

(42) Se quiso hacer honor a la anécdota de Galeano sobre la respuesta del cineasta argentino Fernando Birri en oportunidad de una conferencia brindada por ambos en la Universidad de Cartagena, Colombia ante la difícil tarea de responder a la pregunta: ¿Para qué sirve perseguir una utopía? Ella está en el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine nunca la alcanzaré ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar hacia adelante. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=GaRp1Bj5xho>.

V. Otros nuevos sujetos jurídicos del derecho ambiental

Como se verá en las siguientes líneas, no sería el de las generaciones futuras el único caso en donde, a partir del paradigma ambiental, aparecen sujetos jurídicos con características impen-sadas por la teoría clásica del derecho.

En Nueva Zelanda el río Whanganui no solo se lo reconoce como sujeto de derechos, sino que se lo considera como parte integrante de la tribu que lleva su mismo nombre. De allí la emotiva frase de esta tribu maorí: *yo soy el río y el río soy yo* (43).

En la India, el Tribunal Superior de Uttarakhand declaró a los ríos Ganges y Yamuna y a sus afluentes “seres vivos” con derechos equiparables a los de las personas (44) aunque, lamentablemente, la Corte Suprema terminó revocando dicho decisorio.

En Colombia, a partir de las acciones de grupos indígenas, se reconoció al río Atrato, sus cuencas y sus afluentes, como una “entidad sujeto de derecho”.

Quizás el mejor ejemplo —cuando no el mayor logro— resulte ser el reconocimiento que la Constitución del Ecuador (45) le confiere a la naturaleza:

Su art. 71 establece: “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”. Mientras que en el art. 72 determina que “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 indivi-

duos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados”.

Puertas adentro, en nuestro país, fue noticia mundial el “caso de la orangutana Sandra” en donde la sala II de la Cámara Federal de Casación Penal al declinar su competencia dictaminó que “a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente” (46).

Más recientemente, nuestra CS si bien no ha reconocido directamente al ambiente como sujeto de derecho en sí mismo, ha dado un paso gigantesco al sostener que “La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, 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 estatales, sino las del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente. El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responda a la voluntad de un sujeto que es su propietario” (47).

Como hemos visto, existe una incipiente mirada jurídica-normativa de ampliar el listado de sujetos jurídicos. Una visión que, si bien no ha dejado de ser antropocentrista, acepta la existencia de otros sujetos jurídicos pasibles de similares derechos a los que detenta la persona humana.

(43) Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-39291759>.

(44) Disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/global/2017/03/21/1153238>.

(45) Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf.

(46) Sent. del 18/12/2014, CFed. Cas. Penal Capital Federal, sala II, magistrados: Alejandro W. Slokar - Ángela E. Ledesma Id SAJ: FA14261110.

(47) CS, “La Pampa, Provincia de c. Mendoza provincia de s/ uso de aguas”. CSJ 243/2014 (50-L)/CS1 Origenario, ps. 22 y 23

VI. La protección de las generaciones futuras en la actualidad

Hoy en día, la protección al derecho colectivo ambiente de las generaciones futuras viene dada, en primer lugar, por el reconocimiento normativo y, en segundo término, aparece cuando un sujeto perteneciente a la generación actual, con legitimación procesal, reclama ante la autoridad administrativa o bien lleva adelante una acción judicial, trayendo de esta manera, aparejada, la protección del derecho de las generaciones del porvenir.

Es decir, que la protección al derecho de las generaciones futuras tanto ante la Administración como en los estrados judiciales se da de manera indirecta; situación esta característica que suele darse en los procesos ambientales.

Como bien observa Valls, “el interés ambiental propio suele coincidir y confundirse con el ajeno. La vinculación entre uno y otro, es tan estrecha que cuando se defiende el interés propio se puede estar defendiendo el ajeno. Recíprocamente, quien acciona en defensa del ambiente lo está haciendo también en defensa del bien común” (48).

En el mismo sentido López Alfonsín dice que en tales derechos —o bien intereses legítimos— envuelven una “colmena” de perjudicados se configura de tal modo una dimensión social que solidariamente abraza intereses “ajenos” pero similares; son los de la categoría o grupo amenazado por igual con la violación de lo que se ha rotulado como “derecho a la dignidad de la vida” (49).

Lorenzetti clarifica aún más la cuestión: “Cuando se reclama por un interés colectivo, la solución es siempre indivisible. Por ejemplo, la contaminación del ambiente obliga a adoptar una medida de prevención o de recomposición única, comprensiva de todo el bien afectado. Si, en cambio, reclama una pluralidad de sujetos por el daño que cada uno de ellos ha sufrido como consecuencia de la lesión al ambiente (‘daño por reflejo’), la solución es divisible por-

que habrá una indemnización diferenciada, adecuada al perjuicio sufrido” (50).

Es por ello que encontraremos numerosas sentencias que hablan de la necesidad de defender el ambiente para las generaciones actuales y futuras. Algunos de esos decisorios son: CS, 20/06/2006, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo)”; CS, 13/12/2011, “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta”; Juzg. N° 4 La Plata, 03/05/2007, “Municipalidad de Magdalena c. Shell y otros”; Juzg. Fed. N° 2 La Plata, 23/12/2004, “Werneke, Adolfo G. y otros c. Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo”; Juzg. Civ. y Com. N° 6 Resistencia, 07/02/2008, “Giménez, Juan Ramón c. Empresa Telecom Personal SA y/o Municipalidad de la Eduvigis y/o Muñoz, Eulalio Enrique y/o quien resulte responsable s/ amparo”.

VII. El derecho de las generaciones futuras

Amén de estar llevando adelante un trabajo para la especialidad ambiental, no pareciera ser feliz la idea de adjudicarles a las generaciones futuras derechos que vayan más allá de lo que la normativa de derecho ambiental les reconoce. La excepción podría estar dada por reconocerles algunos derechos humanos básicos (a la vida, a la salud, a la paz, etc.) con lo cual, la defensa a las generaciones futuras se centrará, pura y exclusivamente, sobre el bien colectivo ambiente.

En este sentido, recordamos que el presente trabajo tiene por objeto aceptar la posibilidad de promover una acción judicial de manera autónoma por parte de las generaciones futuras en defensa de *su* derecho ambiental cuando no existe daño en la actualidad.

De esta manera, lo que se pretende es adelantarse (prevenir y precaver) al inicio del daño ambiental que, no está de más decirlo, afectaría solo al derecho de las generaciones futuras.

(48) VALLS, Mario F, ob. cit., p. 136.

(49) LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, ob. cit., p. 136.

(50) LORENZETTI, Ricardo L., "Justicia colectiva", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, 2ª ed. actualizada, ps. 127 y ss.

Y toda vez que, si bien no partimos de una situación de daño actual o inminente, lo cierto es que atravesamos una época sumida en lo que Beck ha dado llamar como la sociedad del riesgo.

Para el sociólogo alemán, “el riesgo ambiental es tanto una consecuencia del proceso civilizatorio denominado modernidad, como una categoría teórica que puede conjugar una serie de elementos relacionados con la degradación y los cambios en el ambiente, pero también se convierte en un instrumento que permite medir la probabilidad de que ocurra una catástrofe y su relación con los niveles de vulnerabilidad de las personas afectadas y de su entorno inmediato. Desde la perspectiva teórica de Ulrich Beck, el riesgo ambiental se conceptualiza en términos *macro*, un fenómeno generalizado en el mundo —pues todos los vivimos— y consecuencia inesperada e incalculable del desarrollo del capitalismo a finales del siglo XX” (51).

En esta línea el Banco Mundial ha manifestado como una de sus preocupaciones básicas “que los que en la actualidad se benefician de los frutos del desarrollo económico puedan estar empobreciendo a las generaciones futuras” (52).

Bustamante Alsina también hablaba del punto de equilibrio razonable entre crecimiento económico o actividad productiva con la preservación del medio ambiente y el bienestar social, “basándose en una sana utilización de los recursos naturales para la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de la sociedad” (53).

(51) ALFIE COHEN, Miriam, “Con relación a la teoría de las sociedades del riesgo de Ulrich Beck”. Miriam Alfie Cohen Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad Iberoamericana, profesora-investigadora del Departamento de Ciencias Sociales de la UAM-C. Líneas de investigación: gobernanza ambiental, movimientos ambientales, democracia deliberativa facultada. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0186602817300531#>.

(52) BANCO MUNDIAL, INFORME SOBRE DESARROLLO MUNDIAL 1992, “Desarrollo y medio ambiente”, ob. cit., p. 36.

(53) Citado por CAFFERATTA, Néstor A., ob. cit., t. I, p. 137.

En síntesis, se trata de reconocer que nuestras formas de producción y de consumo han puesto en peligro al ambiente de nuestras generaciones futuras al punto tal de que algunos hablan que el punto de no retorno puede adelantarse (54).

Como dice el Papa Francisco, “Lamentablemente, muchos esfuerzos para buscar soluciones concretas a la crisis ambiental suelen ser frustrados no solo por el rechazo de los poderosos, sino también por la falta de interés de los demás. Las actitudes que obstruyen los caminos de solución, aun entre los creyentes, van de la negación del problema a la indiferencia, la resignación cómoda o la confianza ciega en las soluciones técnicas” (55).

VIII. La sustentabilidad y su relación con las generaciones futuras

Nuestra Constitución Nacional, adopta la definición de sustentabilidad del Informe Brundtland. El art. 41 al decir que “para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras” establece un límite al desarrollo productivo. En palabras de Sabsay, introduce “la idea de un progreso a largo plazo que mire más allá del límite temporal intrageneracional para proyectarse hacia lo intergeneracional” (56).

Cafferatta, por su parte, desarrolla las cuatro áreas de la sustentabilidad: a) área ecológica, lo que conlleva mantener los procesos ecológicos que posibiliten la capacidad de renovación de plantas, animales, suelos y aguas: mantener la diversidad biológica, y su capacidad de regeneración; b) área social, que permita igualdad de oportunidades de la sociedad y estimule la integración comunitaria, con respeto por la di-

(54) <https://www.europapress.es/ciencia/habitat-y-clima/noticia-punto-inflexion-cambio-climatico-puede-adelantarse-20190123190556.html>

(55) PAPA FRANCISCO, “Carta Laudato Si’. Sobre el cuidado de la casa común”, <https://www.oas.org/es/sg/casacomun/docs/papa-francesco-enciclica-laudato-si-sp.pdf>.

(56) SABSAY, Daniel A. – FERNÁNDEZ, Cristian H., “Principios de solidaridad, cooperación y equidad intergeneracional”, LA LEY del 09/03/2017, 1, LA LEY 2017-B, 599, , Cita online: TR LALEY AR/DOC/315/2017.

versidad de valores culturales: ofrecimiento de oportunidades para la renovación social; asegurar la satisfacción adecuada en las necesidades de vivienda, salud y alimentación; participación ciudadana en la tarea de decisión y en la gestión ambiental; c) área cultural, que preserva la identidad cultural básica y reafirma las formas de relación entre el hombre y su medio; d) área económica, eficiencia, que implica internalización de costos ambientales; consideración de todos los valores de los recursos, presentes, de oportunidad, potenciales, incluso culturales no relacionados con el uso; equidad dentro de las generaciones actual y respeto de las generaciones futuras (57).

Aníbal Falbo observa la “estrecha vinculación entre la fórmula generaciones futuras y desarrollo sustentable, como así también su importancia en la cosmovisión ambiental, toda vez que el desarrollo sustentable se ha constituido más bien en un valor universal” (58).

De esta interrelación existente entre la sustentabilidad y las generaciones futuras, nos permitirá establecer cuándo el “riesgo” del que hablaba Beck, puede convertirse en fundamento para que las generaciones futuras puedan reclamar en sede judicial.

Y es que, si resulta de armoniosa doctrina la interrelación existente entre el desarrollo sustentable y el derecho a gozar de un ambiente sano por parte de las generaciones futuras, acudir a la *ley de simplicidad* de la Gestalt como método directo, simple y alejado de complicaciones y elaboraciones secundarias, nos permitirá allanar nuestro camino (59).

(57) CAFFERATTA, Néstor A., ob. cit., t. I, ps. 236 y 237.

(58) FALBO, Aníbal J., ob. cit.

(59) Las leyes de la Gestalt fueron iniciadas por los Psicólogos de la Gestalt Max Wertheimer, Wolfgang Köhler y Kurt Koffka, quienes pretendían explicar cómo es que el cerebro sigue una cierta organización de totalidades, en otras palabras, tratan de explicar que el todo es algo más que la suma de sus partes, hablamos de pequeñas percepciones individuales pero que conforman un solo significado dando la mejor organización posible. <https://temadepsicologia.com/2016/11/03/leyes-de-la-gestalt-o-leyes-de-la-percepcion/>.

En efecto, nuestra propuesta para poder determinar si el derecho de las generaciones futuras corre peligro de ser vulnerado, parte de observar la sustentabilidad de actividades o de ciertas decisiones sin importar que estas sean lícitas o ilícitas; conforme el concepto de daño ambiental expresado en el art. 27 de la Ley General del Ambiente.

De este modo, si nos encontramos en un determinado lugar en donde una actividad —o conjunto de actividades— no resulta sustentable, no podemos llegar a otra conclusión que no sea que estamos ante un riesgo cierto de afectación futura al derecho de las generaciones venideras a gozar de un ambiente sano, el cual será provocado, indefectiblemente, por el efecto nocivo y acumulativo de dichas actividades a lo largo del tiempo.

Este recurso, que encuentra su pilar en la sustentabilidad y que a su vez es sostenido por los principios preventivo y precautorio, les abriría las puertas a las generaciones futuras de hacer valer su derecho en sede judicial (60).

En esta línea se ha sostenido que “los principios de sustentabilidad y equidad intergeneracional abrigan los ya mencionados, e indican claramente la importancia de considerar tanto la necesaria alianza del desarrollo ambiental, social y económico, como así también el apropiado uso y goce del ambiente por parte de la generación actual y las futuras” (61).

De más está decir, que será tarea de los magistrados merituar en cada caso en concreto la magnitud de la afectación para poder dar curso positivo a la apertura de la competencia jurisdiccional. Pero dicho análisis deberá ser llevado a cabo observando lo establecido en el art. 32 de la ley general del ambiente en cuanto “el acceso

(60) Solo se hizo mención a la sede judicial por el objeto del presente trabajo, pero de modo alguno se le está cerrando la posibilidad a las generaciones futuras de llevar adelante planteos ante demás entidades públicas o privadas.

(61) SABSAY, Daniel A. - DI PAOLA, María Eugenia, “El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente”, ADLA. Boletín Informativo, nro. 17, 2003, ps. 1-9.

a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie”

IX. Legitimación activa de las generaciones futuras

IX.1. Consideraciones preliminares

La posición adoptada en el pto. IV del presente trabajo nos obliga a buscar a “otro” que, sin ser el titular del derecho que se pretende proteger, ejerza el rol procesal activo en su nombre; toda vez que, si decimos que ninguna persona humana —actualmente— es parte de las generaciones futuras, entonces, nadie podría presentarse, como legitimado activo con el argumento de defender los derechos de un ente al que no pertenece.

Nadie —siempre desde nuestra óptica— podría decirle en este caso a un magistrado “yo soy el río y el río soy yo”.

Además, debemos sumarle el hecho de que, respecto de las generaciones futuras, el ordenamiento jurídico no determina quién detenta dicha capacidad jurídica, no establece en forma expresa quien tiene “el poder jurídico de pedir a un órgano jurisdiccional una sentencia para hacer valer un derecho que se considera vulnerado” (62).

Bidart Campos tiene dicho que “la legitimación procesal es una herramienta de primer orden en la apertura de las rutas procesales, de poco o nada valen las garantías y las vías idóneas, si el acceso a la justicia se bloquea en perjuicio de quién pretende su uso y se le deniega la legitimación” (63).

IX.2. Características de la legitimación en procesos colectivos

Para encontrar a la persona que pueda representar a las generaciones futuras, debemos comenzar por tener en cuenta que nos encontraremos frente a un proceso colectivo que tie-

ne por objeto la tutela del derecho de incidencia colectiva ambiente (macrobien colectivo) o de algún micro bien ambiental (agua, suelo, etc.) que también comparte las características de ser de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (64); derechos que pertenecen de por igual, de modo impersonal, generalizado, indiferenciado, homogéneo o fungible, a la comunidad, supraindividuales, colectivos. Son derechos que se ubican en la esfera social de los sujetos (65).

Sin duda alguna, es momento oportuno de traer a este trabajo lo resuelto por nuestra CS en la causa “Halabi”. A continuación, se transcribe parte del disruptivo decisorio:

“En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes.

“En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando este pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que, no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que, ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso este sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que, ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

“En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño

(62) ALSINA, Hugo, “Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1941, t. I, cap. III-34, p. 222.

(63) BIDART CAMPOS, Germán, “El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 309.

(64) CS, Fallos: 329:2316.

(65) CAFFERATTA, Néstor A., ob. cit., t. I, p. 564.

ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

“De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación” (66).

También ha sostenido: “Además del ambiente como macro bien, este conflicto se refiere al uso del agua, que es un micro bien ambiental y que, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible” (67).

La doctrina ha tratado el tema en el mismo sentido. Cafferatta ha explicado la diferenciación: “la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. En estos casos no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio”. Mientras que en el caso de los derechos de incidencia colectiva, el autor sostiene que “estos nuevos derechos, en cambio, comprometen el interés de infinidad de personas, de gente (muchedumbre) que según los cánones históricos del proceso civil, son extraños, o ajenos a los mismos (huérfanos de tutela, protección jurídica), pero que a partir de la emergencia de los intereses difusos (rebautizados por nuestra Constitución Nacional como derechos de incidencia colectiva), representan una vía de analización de estas problemáticas (Walter Car-

notta), y un definitivo, creemos, acercamiento de lo privado a lo público (Morello)” (68).

Son derechos que recaen sobre bienes colectivos, indivisibles, no disponibles en forma individual, exclusiva o excluyente, de uso, goce, disfrute y afectación solidaria, masificados. Son derechos que inciden colectivamente (69).

Por ello, “la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, por eso solo concede legitimación extraordinaria, en ningún caso existe un derecho de apropiación individual” (70).

Lorenzetti describe cómo “los procesos colectivos comienzan con una acción que puede basarse en derechos subjetivos individuales homogéneos o en el interés difuso que tiene un sujeto legitimado de modo extraordinario para la protección de un bien colectivo (...) el interés difuso no es de uno, sino de todos los que conviven en un medio determinado. No hay titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo, pero la ley concede al/los representante/s del grupo una legitimación extraordinaria en atención a la índole social del bien que procura defenderse” (71).

En el mismo sentido, López Alfonsín dice que entre las adaptaciones que provoca, la principal es la referida a la legitimación de las personas directamente afectadas para consagrar una expansividad horizontal, con fundamento en la protección de derechos que ni exclusiva ni privativamente se radican en una o más personas determinadas (72).

IX.3. Sustento de la legitimación extraordinaria

Morello, con su clara precisión, observaba que las “nuevas legitimaciones se hacen eco de las singulares características de los derechos supra-individuales alojados en el ambiente, derivadas de que pertenecen a un grupo, clase, colectivi-

(66) "Halabi, Ernesto c. PEN. Ley 25.783. Dec. 1563/2004 s/ amparo ley 16.986".

(67) CS, "La Pampa, Provincia de c. Mendoza provincia de s/ uso de aguas", CSJ 243/2014 (50-L)/CS1 Originario, p. 21.

(68) CAFFERATTA, Néstor A., ob. cit., t. I, ps. 56-2.

(69) *Ibid.*, p. 564.

(70) *Ibid.*, p. 562.

(71) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., ps. 135 y ss.

(72) LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, ob. cit., p. 136.

dad o comunidad y no pueden dividirse en partes asignables a cada uno de los miembros del grupo, clase o comunidad, vinculados por una relación de hecho o jurídica, y tienen, además, una dimensión social y otra personalísima. Por último, para concretarse el amplio acceso a la jurisdicción es necesario contar con herramientas procesales colectivas idóneas; de otro modo se estaría negando la protección efectiva del derecho fundamental” (73).

Entre los legitimados para intentar la acción se encuentran el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, entre las que se hallan las ONG (74).

Al encarar el tema de la legitimación extraordinaria, debemos situarnos en el segundo párrafo del art. 43 de la CN establece que “podrán interponer esta acción (...) en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente (...) así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley” (75).

En la misma línea, la ley 25.675 legitima para obrar activamente, en ejercicio de la acción de recomposición ambiental a cinco sujetos claramente diferenciados: 1) el afectado; 2) el defensor del Pueblo; 3) las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, 4) persona directamente damnificada; 5) el Estado Nacional, provincial o municipal (76).

Asimismo, el mismo art. 30 de la LGA establece “otro amparo” (Valls) o un “subtipo de amparo” (Cafferatta) o una “derivación del proceso del amparo clásico” (Camps) al decir que “toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

(73) MORELLO, Augusto M. - SBDAR, Claudia B., "Teoría y realidad de la tutela jurídica del ambiente", LA LEY 2007-F, 821. Cit. por CAFFERATTA, Néstor A., ob. cit., t. I, p. 601.

(74) CAFFERATTA, Néstor A., ob. cit., t. I, p. 601.

(75) <http://www.scba.gov.ar/servicios/incidencia/documentos/Constituci%C3%B3n%20Nacional%20art.%2043.pdf>.

(76) CAFFERATTA, Néstor A., ob. cit., t. I, p. 56-2.

X. ¿Y ahora quién podrá defendernos?

A continuación, y como primera medida, haremos un breve repaso por los diferentes legitimados extraordinarios que, a partir del reconocimiento dado por la ley, la jurisprudencia y la doctrina, pueden actuar dentro de los procesos colectivos y específicamente, en procesos ambientales, para luego definir, cuál de todos ellos podrá hacer las veces de legitimado activo, en representación de los intereses de las generaciones futuras.

X.1. El afectado

Respecto de este sujeto, podemos citar tres corrientes de pensamiento doctrinario claramente diferenciadas.

La corriente llamada “restringida” respaldada, entre otros, por Barra, para quien “el afectado es aquel que puede invocar el daño diferenciado”. Cassagne, por su parte, identifica al afectado con quien ha “sufrido una lesión sobre sus intereses individuales”. Palacio de Caeiro define al afectado como al agraviado por algún acto u omisión que lesione en forma directa y concreta sus derechos subjetivos. Como puede observarse esta postura identifica al afectado con el titular de un derecho subjetivo, es decir, con aquella persona agraviada en un derecho o interés propio, divisible, apropiable, determinable, etc. Otro defensor de esta postura como Lino Palacio entiende que alejarse de este criterio sería convalidar la existencia de una acción popular no reconocida en nuestro ordenamiento jurídico.

Una segunda corriente llamada amplia (Sagüés, Bustamante Alsina, Bidart Campos, Gordillo, Morello entre otros) cuyo pensamiento puede resumirse en considerar afectado no solo a quien es titular de un derecho subjetivo sino también a aquellos que sufren una afectación “indirecta” o “refleja”, bastando que acredite tan solo un interés mediato. En palabras de Bidart Campos “los intereses difusos son ‘propios’, no son de ‘cualquiera’ sino de uno que ‘coparticipa’ (...) el ‘afectado’ no pierde la calidad de tal por el hecho de que ‘otros’ o ‘muchos’ como él también lo sean; la afectación personal no necesita identificarse con un daño o perjuicio que solamente recaiga sobre el ‘afectado’, porque tal afectación no deja de ser personal”.

Por su parte, Jiménez, Zannoni, Botassi, Mosset Iturraspe, pertenecen a la llamada postura amplísima de pensamiento la cual reconoce legitimación para obrar a todo aquel que revista la calidad de habitante. A partir de esta concepción, Jiménez considera al amparo cuando se lo promueve para defender la legalidad constitucional y/o el patrimonio social, como una suerte de acción popular.

Limitado al caso de estudio, considero a la figura del afectado carente de legitimación procesal a los efectos de representar a las generaciones futuras en un proceso en donde no se encuentre lesionado el derecho colectivo ambiente en tiempo presente o potencial —por aplicación del principio preventivo, precautorio—. Bajo este criterio, el afectado solo podrá proteger el interés colectivo de las generaciones futuras a partir de una defensa que haga a su propio derecho —defensa refleja o indirecta—.

Distinto sería el caso de quien se presente ante la autoridad jurisdiccional en defensa de las generaciones futuras por mandato del constituyente. Es que el derecho ambiental, ontológicamente “bifronte”, es a su vez un deber constitucional.

En cuanto a este derecho/deber, parte de la doctrina ha sostenido que “nos detenemos en el ‘deber de preservarlo’, deber jurídico exigible, en virtud del cual, se dijo, ‘que todos somos agentes públicos’ en defensa del ambiente, toda vez que ‘grava a todos’” (77).

En la misma línea Valls destaca que el art. 41 de la CN “impone a esos habitantes el deber de preservarlo, que es el reverso de ese derecho (...) ese deber se convierte en una carga pública, lo que, a su vez, habilita a todos los habitantes para hacer efectiva la preservación con todos los medios jurídicos y materiales necesarios (CS, Fallos 304:1187)” (78).

Sin embargo, observamos por demás extralimitado el hecho hipotético que un habitante en virtud de la manda constitucional se presente ante el poder judicial en representación de las generaciones futuras.

(77) CAFFERATTA, Néstor A., ob. cit., t. I, p. 204.

(78) VALLS, Mario F., ob. cit., p. 108.

Además, de aceptarse dicho extremo, importaría no solo reconocer una acción popular —no reconocida en nuestro ordenamiento jurídico—, sino que, además, dicha acción popular sería de característica amplísima e intergeneracional

X.2. Estado nacional, provincial y municipal

El segundo párrafo del art. 41 de nuestra Carta Magna reza: “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” (79).

Resulta claro que recae sobre el Estado (nacional, provincial o municipal) el deber de proveer de un ambiente sano para beneficio de las actuales y futuras generaciones.

En efecto, si la autoridad pública estuviese en conocimiento de la posibilidad de un menoscabo futuro al ambiente de las generaciones futuras, debería actuar sin más.

Ahora bien, volviendo al objeto del presente trabajo ¿es la actuación en juicio la forma más eficaz y eficiente en el que las autoridades públicas pueden proveer a la protección del derecho de las generaciones futuras?

Desarrollemos la respuesta sobre la base de un problema puntual, serio y de agenda internacional: el calentamiento global. Ante este flagelo, parece mucho más lógico ver a las autoridades enfocadas en promover políticas públicas pro-activas tendientes a alcanzar las metas y objetivos establecidos en el Acuerdo de París —como, por ejemplo, las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (80)—, que verlas en sede judicial promoviendo, en nombre de las generaciones futuras, demandas contra aquellas actividades que producen gases de efecto invernadero.

(79) http://www.mininterior.gov.ar/provincias/archivos_cuencas/normativas/CONSTITUCIONNACIONAL.pdf.

(80) Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/ambiente/sustentabilidad/cambioclimatico/contribuciones>.

En este punto, no es ocioso mencionar que en numerosas situaciones es el mismo Estado que, a partir de falta de previsiones, otorgamiento de autorizaciones administrativas y ausencia de controles posteriores, posibilita situaciones de menoscabo ambiental.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho 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” (81).

Lo que se pretende exponer, es que la debida defensa al derecho de las generaciones futuras la debería llevar adelante dentro de un marco de políticas públicas propositivas, como por ejemplo, la modificación de los parámetros bajo los cuales se otorgan ciertas autorizaciones administrativas, campañas de información y educación ambiental, imposición de medidas parafiscales para industrias, promoción de hábitos de consumo sustentable, implementación de un régimen de promoción económica para desarrollos sustentables, etc.; todo ello, resultaría en un resultado positivo y sin la necesidad de acudir al poder jurisdiccional.

En definitiva, el Estado (nacional, provincial o municipal) no solo puede sino debe defender de manera activa el derecho de las generaciones futuras, pero, en este sentido la forma más eficaz y eficiente de hacerlo es a partir de sus políticas y no de procesos judiciales.

X.3. El defensor del pueblo

El defensor del Pueblo, también conocido como “ombudsman”, se incorporó al ordenamiento jurídico nacional en el año 1993 con la sanción de la ley 24.284, pero fue a partir de su incorporación a la Constitución Nacional en la reforma del año 1994 donde su figura cobró mayor trascendencia.

(81) “Salas, Dino y Otros c. Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo”. Argentina. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Ambiente. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 42.

Fue incorporada con la valiosa aspiración de fortalecer el sistema democrático. Es que, con su consagración, se pretendía establecer un mecanismo novedoso de control sobre la actividad administrativa y sobre grupos económicos relevantes susceptibles de afectar los derechos de consumidores y usuarios de los servicios públicos esenciales, cuya masificación es propia de la sociedad actual (82).

Tal como reza el art. 86 de nuestra Carta Magna, “su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración”.

En palabras de Lorenzetti, se trata de una legitimación eminentemente funcional que, en teoría, no debiera merecer reproches técnicos dado que su consagración a nivel constitucional le asegura un sólido respaldo jurídico e institucional (83).

El defensor del Pueblo se encuentra habilitado especialmente por parte de la Ley Suprema de la Nación para pretender, esto es, que se lo considere titular de la relación jurídica controvertida en un proceso donde se encuentren en juego los derechos que la Constitución Nacional le ha ordenado defender (84).

El convencional Masnatta —miembro informante del despacho de mayoría— en ocasión de usar la palabra en la Convención Nacional Constituyente se refirió a la figura del ombudsman en los siguientes términos “no es ni más ni menos que el abogado de la sociedad” (85).

(82) RIPAMONTI, María Alejandra, “Legitimación del defensor del pueblo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Sup. Const.* 2019 (julio), 1. LA LEY 2019-C-1104, AR/DOC/2706/2018.

(83) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 212.

(84) PICO TERRERO, Mariano, “Legitimación procesal del Defensor del Pueblo de la Nación”: Cita online: TR LALEY 0027/000026.

(85) Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, del 20/07/1994, ps. 1519/1520.

En la misma línea, Cafferatta entiende que se asemeja a un tramitador de los asuntos públicos (86).

A lo largo de su actuación en diversas causas, la CS ha fijado a partir de numerosos decisorios (87), distintas interpretaciones acerca de la legitimación del defensor del Pueblo; que, en palabras de Lorenzetti, terminaron de delinear un criterio restrictivo —que por ahora se mantiene— que tiene que ver con el intento de interpretar fielmente el rol constitucional que está mandado a cumplir.

Haciendo una brevísima mención respecto del camino que ha recorrido la figura del ombudsman, citaré escuetamente dos corrientes de pensamiento jurisprudencial. Una que entendía que por aplicación armónica de los arts. 86 y 43, párr. 2º de la CN, el defensor del Pueblo solo podría reclamar en aquellos casos en donde resulten vulnerados derechos tutelados por la Constitución Nacional y a partir de una acción de amparo y no de un proceso ordinario (88). El otro criterio, más amplio, que entiende que limitar la actuación del ombudsman a la

acción de amparo, se aparta manifiestamente del rol asignado a aquel y de su misión (89).

En definitiva, y más allá del tipo de proceso (amparo, ordinario, etc.) como nos muestra Lorenzetti, el criterio de aceptación en cuanto a la legitimación activa del defensor del Pueblo tendrá que ver con: a) que no se trate de un reclamo de índole patrimonial, pues ellos pueden ser asumidos por sus titulares; b) el carácter adhesivo respecto de un reclamo interpuesto por otro de los legitimados en el art. 43, párr. 2º de la CN; y c) los límites legales de la jurisdicción cuando se trata de defensores del Pueblo provinciales o municipales (90).

En lo que hace a la representación que pudiera llegar a ejercer respecto de los derechos de las generaciones futuras, y atendiendo a que el alcance de sus facultades surge por una decisión política emanada del Poder Legislativo consideró la figura del defensor del Pueblo un tanto endeble. En efecto, el mismo art. 86 de nuestra Carta Magna se encarga de establecer que la labor del defensor del Pueblo deberá llevarla adelante conforme a una ley especial, con lo cual, para poder representar los derechos de las generaciones futuras se necesitaría, a mi criterio, de la expresa voluntad del Congreso en tal sentido.

Existen ejemplos en algunos países en donde si se ha desarrollado normativa y estructuralmente la figura del “Ombudsman de las Generaciones Futuras” (91).

Finlandia en 1993 creó el “Comité para el Futuro”, cuya función consiste en investigar sobre distintos modelos de desarrollo y llevar adelante evaluaciones respecto de sus efectos a futuro,

(86) CS, "Frias Molina, Nélide N. c. INPS - Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles s/ reajustes movilidad", Fallos 318:384 y 319:828; 07/05/1998, "Consumidores Libres Coop. Ltd. de Previsión de Acción Comunitaria", Fallos 321:1352; 21/12/2000, "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional —PEN— Dec. 1517/1998 s/ amparo ley 16.986", Fallos 323:4098; 21/08/2003, "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional - Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos (monotributo) - Dec. 885/1998 s/ amparo ley 16.986", Fallos 326:2777; 18/12/2003, "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar", Fallos 326:4931; 24/05/2005, "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional - CPENC ME - dec. 1738/1992 y otro s/ proceso de conocimiento", Fallos 328:1652; 26/06/2007, "Defensor del Pueblo de la Nación - inc. dec. 1316/2002 c. Estado Nacional —PEN— Decs. 1570/2001 y 1606/2001 s/ amparo ley 16.986", Fallos 330:2080; 30/09/2008, "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional" —reg. CS D.700.XXXIX. Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional —PEN— Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos y otros s/ amparo ley 16.986", Fallos 332:1759.

(87) CS, "Frias Molina, Nélide N. c. INPS - Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles s/ reajustes movilidad", Fallos 318:384 y 319:828; 07/05/1998, "Consumidores Libres Coop. Ltd. de Previsión de Acción Comunitaria", Fallos 321:1352; 21/12/2000, "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional —PEN— Dec. 1517/1998 s/ amparo ley 16.986", Fallos 323:4098; 21/08/2003, "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional - Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos (monotributo) - Dec. 885/1998 s/ amparo ley 16.986", Fallos 326:2777; 18/12/2003, "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar", Fallos 326:4931; 24/05/2005, "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional - CPENC ME - dec. 1738/1992 y otro s/ proceso de conocimiento", Fallos 328:1652; 26/06/2007, "Defensor del Pueblo de la Nación - inc. dec. 1316/2002 c. Estado Nacional —PEN— Decs. 1570/2001 y 1606/2001 s/ amparo ley 16.986", Fallos 330:2080; 30/09/2008, "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional" —reg. CS D.700.XXXIX. Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional —PEN— Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos y otros s/ amparo ley 16.986", Fallos 332:1759.

(88) CS, 11/03/2003, "Defensor del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero c. Provincia de Tucumán y otro", Fallos 326:663.

(89) CS, 11/03/2003, "Defensor del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero c. Provincia de Tucumán y otro", Fallos 326:663.

(90) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 221.

(91) Para su profundización ver "La solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras". Desarrollo sostenible: ejecución del Programa 21 y del Plan para su ulterior ejecución, y aplicación de los resultados de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. Distr. General 15/08/2013 español original.

aunque solamente puede deliberar de ellos con el Parlamento previa solicitud.

En 1995, Canadá estableció la figura del Comisionado para el Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible que se encarga de ver si los distintos organismos del gobierno federal cumplen con los objetivos de desarrollo sustentable y, además, supervisa las peticiones referidas a la cuestión de sustentabilidad ambiental.

Pero fue Israel quien inauguró directamente la institucionalidad respecto de las generaciones futuras. En el año 2001 creó la Comisión para las Generaciones Futuras cuya principal función consistía en indagar, investigar y asesorar respecto de los efectos que la legislación provocaba en los intereses de las sociedades venideras. Lamentablemente en el año 2007 fue disuelta por el parlamento.

Por su parte en el año 2008 se concibió en Hungría el puesto de Comisionado Parlamentario para las Generaciones Futuras. Este era uno de los cuatro comisionados parlamentarios existentes. Además de su facultad investigativa respecto de las denuncias presentadas por los ciudadanos, poseía la capacidad, entre otras cosas, de acceder a las propiedades. En el año 2012 el parlamento húngaro sustituyó la figura de los comisionados parlamentarios y fundó una única y más amplia entidad: la Oficina del Comisionado para los Derechos Fundamentales. Este nuevo comisionado debe prestar principal atención a la protección de los intereses de las generaciones futuras.

Alemania, en 2009, a partir del Consejo Parlamentario Asesor sobre el Desarrollo Sostenible, hace foco en la responsabilidad a largo plazo para lo cual lleva adelante estudios y recomendaciones respecto de planificación sustentable a mediano y largo plazo y el de Gales (Reino Unido) que en 2011 creó la figura del Comisionado para los Futuros Sostenibles.

X.4. Las ONG

Desde hace ya algunos años y frente a la falta de credibilidad y representatividad de las instituciones políticas tradicionales, las ONG han adquirido un fuerte protagonismo en la vida pública, sobre todo en cuestiones atinentes a de-

rechos humanos, derechos del consumidor y derecho ambiental.

La participación pública, y en particular el rol de las organizaciones no gubernamentales, se presenta como un elemento central en el discurso y las preocupaciones por el ambiente y el desarrollo. Es indudable la creciente popularidad que han adquirido las ONG frente a la crisis de representatividad que sufre el sistema político, la pérdida de confianza en los partidos políticos y la sensación de impotencia ante la maquinaria burocrática, los pocos transparentes procesos de decisión y las estructuras de poder (92).

En lo que respecta al presente trabajo y, en particular al punto en desarrollo, las ONG, sin duda alguna, son quienes podrían presentarse como legitimados activos dentro de un proceso ambiental en defensa de los intereses de las generaciones futuras.

La legitimación de las ONG surge de la ley. En primer término, del párr. 2º del art. 43 de nuestra Carta Magna y, en segunda instancia, del art. 30 de la Ley General del Ambiente. En ambos casos, se establece como requisito para la actuación de una ONG, que de su estatuto surja como finalidad la defensa de los intereses que pretenden proteger.

Así Lorenzetti explica que en el caso del defensor del Pueblo y de las ONG “la relación causal es funcional, es decir, se basa en la competencia designada por ley, que responde deontológicamente a la razón de ser de ambas organizaciones (la primera institucional; la segunda voluntaria o civil)” (93).

Por su parte, Valls entiende que “cuando legitima a organizaciones no gubernamentales y a los defensores del pueblo para accionar por vía de amparo en defensa del derecho al ambiente (art. 43) les da un mandato legal para defender el derecho ajeno” (94).

(92) SÁNCHEZ ITURBE, Mercedes, "Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente", LLNOA 2009-38, cit. por CAFFERATTA, Néstor A., ob. cit., t. I, p. 601.

(93) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 138.

(94) VALLS, Mario F., ob. cit., p. 107.

En causa "Mendoza" pronunciamiento del 30 de agosto de 2006, nuestra CS hizo lugar parcialmente a la intervención como terceros requerida por las siete entidades peticionarias, admitiéndola solo con respecto a Fundación Ambiente y Recursos Naturales; Fundación Greenpeace Argentina; Centro de Estudios Legales y Sociales y Asociación Vecinos de La Boca. Consideró que la aptitud reconocida a las organizaciones mencionadas encontraba sustento en los fines previstos en sus respectivos estatutos asociativos. De esta manera, su accionar no se daba en el marco del interés general y difuso relacionado con el cumplimiento de la Constitución Nacional y las leyes, sino teniendo en mira los intereses legítimos de estas organizaciones tendientes a la preservación de un derecho de incidencia colectiva como el derecho a un ambiente sano (95).

De esta manera, una ONG que quisiera actuar en nombre de las generaciones futuras debería, tan solo, cumplimentar los requisitos que se le impone para actuar en demás procesos colectivos ambientales, esto es: estar debidamente constituida conforme a la ley y haber adoptado como finalidad estatutaria defender los derechos de las generaciones futuras.

XI. La acción preventiva

Nuestro Máximo Tribunal ha dicho que "Frente a esa falta de regulación la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen

(95) "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo)". Argentina. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Ambiente. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", cit., ps. 16-17.

y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos 239:459; 241:291 y 315:1492)" (96).

Con lo cual, demostrado que el ordenamiento jurídico reconoce a las generaciones futuras como sujeto de derecho, propuesto el modo para determinar supuestos concretos de riesgo cierto de afectación al derecho ambiente de las generaciones venideras y señalado a las ONG como facultados para obrar como legitimados activos en su nombre, restaría, como última fase del presente trabajo, hablar del tipo de acción judicial apropiada respecto del supuesto objeto del presente trabajo.

A esta altura, no cabe duda que la acción preventiva de daño, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, resulta ser el remedio más eficaz en nuestra búsqueda de protección al derecho ambiente de las generaciones futuras.

En efecto, con la reforma del Cód. Civ. y Com. se ha establecido a la prevención del daño como una de las funciones de la responsabilidad. Así el art. 1708 dice: "Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación".

Cafferatta señala que "el régimen de la responsabilidad civil ha dejado de ser resarcitorio para pasar a ser preventivo o mejor dicho precautorio (...). En conclusión, hoy el régimen de responsabilidad en materia ambiental atiende primero a la precaución, segundo a la prevención, tercero a la recomposición y cese del daño y como última ratio, al resarcimiento o indemnización sustitutiva que determine la justicia interviniente de conformidad con el art. 28 de la Ley General del Ambiente" (97).

(96) CS, "Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.783 - dec. 1563/2004 s/ amparo ley 16.986".

(97) CAFFERATTA, N., "Daño ambiental y colectivo". Ponencia elaborada con motivo de las II Jornadas Provinciales y I Latinoamericanas sobre Medio Ambiente. Salta, 2004, p. 5 Citado por BERROS, María Valeria, "Entramado precautorio Un aporte desde el derecho para la gestión

Pablo Lorenzetti ha sostenido que “la tutela inhibitoria regulada de manera orgánica en los arts. 1710 a 1715 del nuevo Código se erige como el eje central del sistema e implica repensar una de las máximas centrales que rige en la materia: no hay responsabilidad sin daño” (98).

Por su parte Carlos Camps coincide en que “a partir del 1º de agosto del 2015 no es necesario aguardar a que el daño ocurra. Ni siquiera las fases iniciales del mismo, aquellas que darán lugar fatalmente a un detrimento constatable en un tiempo más o menos prolongado. Basta ahora con acreditar la existencia de una amenaza que, de permanecer, hacen esperable que un daño ocurra. O bien, de circunstancias que permiten avizorar la continuación o agravamiento de un daño ya en curso”. Y agrega que “si ya es reforzada la función preventiva de daños generales, cuánto más lo habrá de ser la relativa a daños por violación de derechos de orden público, como son los daños por afectación al ambiente. Recordemos que los daños al ambiente son producto de la violación de derechos pertenecientes a la familia de los derechos colectivos, categoría que también ha sido recogida en el nuevo digesto de derecho privado” (99).

Sin embargo, y como si esto fuera poco, no podemos soslayar el marco de constitucionalización y diálogo de fuentes en el que ha quedado inmerso el derecho privado con el Código Civil y Comercial, y que se hallan instrumentados en los arts. 1º y 2º del citado cuerpo normativo, los cuales establecen:

“Art. 1º: Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad

de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina”.

(98) LORENZETTI, Pablo, “Tutela inhibitoria en materia ambiental: función preventiva y función precautoria de la responsabilidad civil”. Material otorgado en la Carrera de Especialización de Derecho Ambiental UBA. Cohorte 2017-2018.

(99) CAMPS, Carlos, “El amparo ambiental y la pretensión preventiva de daños: la lucha por la eficacia procesal”, cita online: TR LALEY AP/DOC/46/2018.

de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

“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”.

En este sentido, Galdós ha escrito que “la prevención se emplaza en el marco de la unidad sistémica del derecho privado (arts. 1º y 2º, Cód. Civ. y Com.), la constitucionalización del derecho civil, el diálogo de fuentes entre la Constitución Nacional, el Cód. Civ. y Com. y la legislación especial o microsistémica (por ejemplo, el derecho del consumo, el derecho ambiental, etc.), y de la importancia relevante de la interpretación judicial sustentada en el trípode de reglas, principios y valores (arts. 1º, 2º, 3º y concs., Cód. Civ. y Com.), a lo que se suma el deber general de no dañar, de fuente constitucional (art. 19, CN) y legal (arts. 1708, 1716, 1717 y concs., Cód. Civ. y Com.) y el derecho a la seguridad en la relación de consumo, también de origen supralegal (art. 42, CN)” (100).

Y por si esto no bastase, en cuanto al orden de prelación normativo, el art. 1709 del Cód. Civ. y Com. determina que “En los casos en que concurren las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código”.

Cabe aclarar que, si bien ubica en primer lugar las normas indisponibles del código y en segundo las de la ley especial, entendemos que primero se deberá estar a lo dispuesto en esta para luego y luego atender a las del código. De esta forma, en caso de conflicto, prevalecerá la de la ley especial por sobre la del código.

(100) GALDÓS, Jorge M., “El mandato preventivo una valiosa herramienta procesal de la responsabilidad civil”. RDD, 2016-2, “Prevención del daño” p. 347.

Al respecto, Pablo Lorenzetti sostiene que “Por lo tanto, el derecho de la responsabilidad civil vigente en nuestro ordenamiento no es solo el regulado en el Código Civil y Comercial, sino que también se abastece de los microsistemas, que en el caso del medioambiental posee carácter imperativo y de orden público (art. 3º de la ley 25.675) y, por tanto, indisponible en los términos del inc. a) del art. 1709 del Código. Teniendo en cuenta que el art. 1708 del Cód. Civ. y Com. ya ha consagrado de manera explícita la función preventiva para el gobierno de riesgos ciertos, no percibimos obstáculo alguno para reconocer a la par la función precautoria en aquellos otros supuestos en que la previsibilidad está ausente” (101).

XII. Conclusión

A lo largo del presente trabajo, hemos tratado de demostrar que se puede iniciar un proceso judicial directo o exclusivo en defensa del derecho colectivo ambiente de las generaciones futuras. Para ello, se ha reflexionado sobre distintos aspectos:

a) Se mostró que el ordenamiento normativo (junto con la jurisprudencia y la doctrina) reconoce a las generaciones futuras, como sujeto jurídico, titular del derecho colectivo ambiente.

b) A su vez, se las caracterizó como un sujeto colectivo independiente de quienes las fuesen a integrar.

c) Se propuso como método de identificación de riesgo cierto y concreto de afectación a su derecho colectivo ambiente, observar la sustenta-

bilidad de la acción o decisión que se pretenda rebatir en el proceso judicial.

d) Se justificó por qué las ONG podrían llevar adelante la legitimación activa en representación de las generaciones futuras.

e) Se indicó que el remedio idóneo para llevar adelante nuestra hipótesis era la acción preventiva de daño, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial.

Como corolario, sería bueno observar que, de darse en la práctica el supuesto aquí planteado, el derecho ambiental encontraría en la sede judicial su finalidad: servir a la prevención del daño.

En efecto, si hablamos de un proceso que se inicia, no por daño actual o inminente, sino como preventivo del daño al ambiente de las generaciones futuras, entonces, nos ubicaremos en un tiempo *ex ante* al deterioro del ambiente y a las terribles consecuencias sociales y económicas que esto representa.

La sentencia, en nuestro caso, no sería la de reparar al ambiente (hecho este que a veces resulta muy difícil cuando no imposible), sino la de ir tomando un camino distinto a aquel que nos lleva a la degradación ambiental. No hablaría de un Plan Integral de Saneamiento Ambiental sino de un Plan Integral de Prevención Ambiental.

En nuestro supuesto, la equidad intergeneracional sería de ellas hacia nosotros, viniendo del futuro para socorrernos de nuestro propio accionar.

(101) LORENZETTI, Pablo, ob. cit.

DERECHO PENAL AMBIENTAL

Las medidas cautelares ambientales en el proceso penal

Julieta González Schlachet (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Conclusión.

I. Introducción

Gonzalo Sozzo sostiene que “reconstruir el campo legal en el Antropoceno es una tarea vasta que incluye diversas agendas que deberán ser desplegadas al mismo tiempo. Se trata en general de construir un ‘Estado ecológico de Derecho’ y para ello es imprescindible reorientar algunos sectores y crear otros” (1).

El derecho penal y —específicamente en lo que atañe al presente trabajo— el derecho procesal penal no deben quedar al margen de tal reorientación. En efecto, resulta necesario analizar cada uno de los institutos que, en el marco de una investigación ambiental penal, deben ser reconsiderados e integrados al sistema mayor que compone ese “estado ecológico del derecho”.

En el presente, se abordará el tema de las medidas cautelares en el marco de las investigaciones ambientales penales, específicamente en sistemas acusatorios adversariales que rigen ya en muchas provincias argentinas y se encuentran en proceso de desembarco en el fuero federal.

Ello bajo la siguiente premisa: en el marco de una investigación ambiental penal, procede la imposición de medidas cautelares tendientes a la cesación del daño al ambiente y la protec-

ción de la salud de las personas posiblemente afectadas, aun cuando no se haya formalizado la investigación respecto de imputados determinados.

Dichas medidas podrán ser adoptadas por petición expresa de la parte acusadora, o de oficio por el juez de garantías, en virtud de una interpretación integradora de los arts. 41 de la CN, 32 de la ley 25.675 General del Ambiente, 23 del Cód. Penal y de la normativa provincial que disponga el deber de protección a las víctimas —por ejemplo: el art. 13 del Cód. Proc. Penal Neuquén, ley 2784 (2) y, art. 30 de la Ley orgánica del Ministerio Público Fiscal de Neuquén, 2893 (3)].

II. Desarrollo

Los temas ambientales no son totalmente ajenos al derecho penal. Existen normativas, todavía aisladas y sectoriales, que introdujeron la problemática del maltrato animal, de la protección de la fauna y más recientemente de la contaminación cuando ella resulta peligrosa para la salud de las personas.

Especialmente desde el dictado de esta última, la ley 24.051, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de varios problemas relacionados con esta nueva disciplina que se denominó

(2) Ley 2784, art. 13: “Derechos de la víctima. La víctima de un delito tiene derecho a la tutela judicial efectiva y a la protección integral de su persona frente a las consecuencias del delito”.

(3) Ley 2893, art. 30: “Deber de protección. El Ministerio Público Fiscal procura asegurar la protección de las víctimas y de sus familiares, que corran peligro de sufrir algún daño, conforme a lo dispuesto en la necesaria previsión presupuestaria correspondiente”.

(*) Abogada egresada de la Universidad de Mendoza. Actualmente se desempeña como asistente letrada de la unidad Fiscal de Delitos Ambientales y Leyes Especiales del Ministerio Público Fiscal de la Provincia del Neuquén.

(1) SOZZO, Gonzalo, “Derecho privado ambiental: el giro ecológico del derecho privado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 21.

“derecho penal ambiental”. Sin embargo, este abordaje se hizo principalmente desde la lógica del sistema receptor, en otras palabras, se buscó incorporar los nuevos delitos y la tutela del ambiente a los conceptos clásicos del derecho penal.

Ya transcurrieron treinta años desde el dictado de dicha normativa, y mucho ha avanzado el derecho ambiental en ese tiempo; a la par debo señalar, de la problemática global ambiental. En este contexto, los “puntos de contacto importantes” (4) que existen en temas determinados que conectan la normativa ambiental con la sectorial no satisfacen ya la manda constitucional del art. 41 que consagra en nuestro ordenamiento positivo el derecho humano a un ambiente sano.

Se ha dicho ya que el derecho ambiental exige un abordaje específico y diferente. “El derecho ambiental, en cuanto portador del nuevo paradigma del derecho general, “el paradigma ambiental”, contiene principios y valores estructurantes, que inciden sobre todos los institutos tradicionales del derecho” (5).

Se requiere hoy —al margen de una reforma de Código Penal en lo que refiere a los delitos ambientales, tema que excede el presente análisis— de una nueva mirada integradora que, desde los principios y del derecho ambiental, ilumine el derecho penal para dar nuevas respuestas a los antiguos interrogantes. Se requiere, en otras palabras, dar lugar a un nuevo derecho ambiental penal.

José Esain sostiene que “la historia del derecho ambiental está signada por este proceso de síntesis, de contenidos dispersos con enfoque propio” (6). Desde un momento en que cada materia clásica abordó la temática ambiental mediante anexos a sus contenidos clásicos, pero sin unicidad estructural; hasta hoy, en que podemos comenzar a vislumbrar “un derecho

ambiental de contenidos integrados, que perteneciendo a sectores especiales son sintetizados de modo nuevo, con la lógica del espacio receptor y no del sectorial” (7).

Es tarea del presente ensayar esta nueva mirada integradora sobre las medidas cautelares en el marco de las investigaciones ambientales penales. La elección de este instituto no es casual, sino que parte de advertir que allí se generan enormes diferencias de respuesta en función de si ella se concede desde la concepción clásica del derecho penal, o desde esta nueva mirada integradora.

En lo que respecta a medidas cautelares en el marco del proceso penal, el art. 23 del Cód. Penal expresamente faculta al juez penal a adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para “hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obtaculizar la impunidad de sus partícipes”.

Con esta mirada tradicional, se podría eventualmente abordar el dictado de una medida cautelar ambiental, ya que este es el resultado del delito previsto y reprimido por ley 24.051.

Sin embargo, en cuanto nos encontremos ante una investigación penal por la presunta comisión de un hecho cuyos efectos pongan en riesgo la salud de la población y la integridad del ambiente, y se requiera una medida cautelar para hacer cesar el daño ambiental, mitigar sus consecuencias o bien para proteger a la población afectada; ella versa sobre un tema de derecho ambiental, y por tanto, debe ser evaluada y concedida a la luz de los principios y el espíritu de las normas ambientales.

Así, la normativa penal debe necesariamente complementarse con el art. 41 de la CN, que interpela a todas las autoridades del Estado a tomar medidas innovadoras en defensa de los intereses fundamentales de las generaciones presentes y futuras. Y con la ley 25.675 General del Ambiente, que en su art. 32 dice: “El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los

(4) SOZZO, Gonzalo, ob. cit.

(5) LORENZETTI, Ricardo L., “El paradigma ambiental”, *Revista Investigaciones, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 2006*, p. 213.

(6) ESAIN, José Alberto, “Ley 25.675 General del Ambiente: comentada, concordada y anotada”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, t. I, ps. 426 y 427.

(7) *Ibid.*, p. 20.

hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”.

Vemos así que, todas y cada una de las medidas que pretendan adoptarse deben ser abordadas en pos de la tutela del medio ambiente y de la salud de la población, velando por el interés de las generaciones presentes y futuras.

No puede dividirse el problema en función de las instituciones, sino que, a la inversa, es el abordaje institucional de la problemática el que debe adaptarse a las especiales características del conflicto en curso, acudiendo a un diálogo armónico entre estas fuentes del derecho.

Así lo interpretó recientemente la Cámara Federal de Bahía Blanca en el caso “Estuario Bahía Blanca” (fallo del 21/06/2019), donde sostuvo que el magistrado se encuentra habilitado para dictar una medida cautelar ambiental en un proceso penal, en virtud de las disposiciones que emanan de la Constitución Nacional (art. 41), la Ley General de Ambiente (art. 32) y del Código Penal (art. 23), sin que ello implique una contraposición de la normativa penal y ambiental, sino un diálogo armónico entre estas fuentes del derecho.

En dicha sentencia, la Cámara Federal de Bahía Blanca sostuvo que la naturaleza ambiental de la medida, exige que ella sea analizada a la luz de los principios ambientales establecidos en la ley 25.675. Es jurisprudencia de la Corte que “en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4º de esa ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles” (Fallos 333:748).

Respecto del contenido sobre el que puede versar la medida en el marco del proceso penal, no existe discusión, ya que parte de la misma letra del art. 23 del Cód. Penal, que la medida podrá ser adoptada cuando propenda a hacer cesar los efectos de una conducta nociva para el ambiente o la salud de la población. Asimismo, por la regla general del derecho de que quien

puede lo más puede lo menos, también podría requerirse una medida de este tipo a los efectos de mitigar el impacto que la conducta dañosa generó en el ambiente o en la salud de la población.

Dicho artículo también permite vislumbrar, al señalar la posibilidad de adoptar medidas tendientes a evitar que se consolide el provecho proveniente del delito, medidas de tipo económicas que apunten a los beneficios monetarios que se obtuvieron de los escasos controles ambientales de la actividad.

Sin embargo, no resulta oportuno descartar de plano otras medidas, como la adoptada por la Cámara Federal en el caso citado.

Daniel Sabsay nos enseña que la protección jurídica en materia ambiental debe proyectarse hacia el futuro, considerando especialmente la irreversibilidad, la mayoría de las veces, de las consecuencias dañosas para el ambiente que resultan de las actividades humanas (8). En el mismo sentido, Esain sostiene que “La regulación que hace el derecho ambiental de las conductas humanas se da con particulares modalidades que se concatenan con los principios que lo gobiernan. Algo distintivo de la disciplina ha sido la actuación pro activa, la necesidad del desarrollo de una actuación anticipatoria, que puede utilizar la información disponible para predecir futuras consecuencias negativas para evitarlas. Una de sus fases es lo que se da en llamar prevención. Pero la actuación pro activa incluye también la intervención precautoria” (9).

Podríamos pensar, en dicho marco, incluso en una cautelar tendiente a monitorear los efectos de la actividad contaminante en el medio y la población, especialmente en los casos en que como coimputados tenemos a los directivos de la autoridad de contralor.

Este último es el ámbito menos estudiado de las medidas posibles, y en donde el derecho penal brinda mayores resistencias, por su clásica actitud reactiva ante las consecuencias de los ilícitos; y el que hay que abordar con mayor cau-

(8) SABSAY, Daniel A., “El desarrollo sustentable en un fallo de la justicia federal”, ED del 10/10/1997, p. 1.

(9) ESAIN, José Alberto, ob. cit., p. 22.

tela, debido a la posible injerencia en materias propias de otros fueros.

Sin embargo, debemos considerar que asistimos no solo a un nuevo paradigma en materia ambiental, sino que a partir de las reformas procesales, y la instauración de un sistema acusatorio y adversarial, que insta a jueces y a fiscales a procurar la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social (10).

Así, no podemos descartar de plano determinadas medidas que, siempre en el marco de una investigación ambiental penal, resulten necesarias y urgentes para resguardar al ambiente y a las víctimas, tanto presentes como de las generaciones futuras.

La imposición de una medida cautelar ambiental podrá ser requerida por el fiscal del caso, o incluso el querellante particular, a quien en general una vez admitida su participación en el proceso, se le reconocen idénticas facultades que al acusador público; y debe ser analizada por el juez de garantías, quien decidirá sobre la procedencia de su imposición.

No contamos aún con suficientes antecedentes, que permitan dilucidar el procedimiento de este pedido y resolución. Las pautas establecidas por el art. 32 de la Ley General del Ambiente admiten la imposición *inaudita parte*, lo que permitiría que el pedido se haga por escrito al juez y que este resuelva inmediatamente.

Sin perjuicio de ello, y considerando el contenido sobre el que verse la medida, la decisión podría perfectamente tomarse previa audiencia respetando el contradictorio del sistema penal adversarial.

(10) Ver por ejemplo: Cód. Proc. Penal Fed. (t.o. 2019), art. 22: "Solución de conflictos. Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social". Cód. Proc. Penal Prov. Neuquén, ley 2784, art. 17: "Solución del conflicto. Los jueces y fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social. La imposición de la pena es el último recurso".

Al momento de requerir la medida deberá haberse acreditado liminarmente la existencia del hecho presuntamente delictivo y el riesgo para el ambiente y/o la salud de las víctimas.

Pablo Cannata sostiene que los requisitos de procedencia de la medida en sede penal serán en general los mismos que en la justicia civil: verosimilitud del derecho, inminencia de daño grave o irreversible y peligro en la demora. No obstante, considera que "dictar una medida cautelar civil es mucho más sencillo que una penal; en un caso los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora giran alrededor del probable daño ambiental, en el cautelar penal el actor principal es el ilícito ambiental", y por ende estima que únicamente podrá dictarla el magistrado cuando se haya constatado el ilícito ambiental. ¿Pero cuándo se encuentra probado el ilícito ambiental?

Canatta sostiene que es al momento de dictar el auto de procesamiento del imputado por el hecho delictivo de contaminación. A su entender, solo en esa instancia, aunque sea de forma provisoria, se encuentra constatado el ilícito y podrá en consecuencia imponerse una medida para cautelar el proceso; aunque reconoce que excepcionalmente podría dictarse luego de practicada la pericia ambiental y antes del procesamiento.

Llevado a términos del actual sistema acusatorio adversarial, la medida debería ser requerida al momento de formalizar la investigación ante el juez de garantías, instancia que reemplaza al auto de procesamiento en el sistema procesal anterior.

Sin embargo, la letra del art. 32 de la Ley General del Ambiente nos lleva a sostener una posición contraria. En efecto, el artículo señala que la medida podrá ser impuesta "en cualquier estado del proceso", lo que llevaría a sostener que es posible dictar medidas cautelares de contenido ambiental aún y especialmente en forma previa a la formalización de la investigación en perjuicio de un imputado determinado.

Dice Esain que "Las medidas cautelares ambientales se muestran en nuestra disciplina como efectivos mandatos de prevención. Desde los albores de la disciplina este ha sido un tema

importante porque satisface el perfil de actuación pro activa, relativizando la respuesta reactiva” (11).

Máxime considerando que el ilícito ambiental se caracteriza por ser un delito complejo, en el que resulta dificultoso construir la imputación; y por ello no debe diferirse la adopción de las medidas cautelares hasta el momento de la formalización de la investigación contra imputados determinados. Considerando, claro está, que exista suficiente base para su imposición y no se trate de una forma de procrastinar el trabajo investigativo en cabeza del acusador público.

Vale señalar que esta posición se abona asimismo en el ya citado fallo “Estuario de Bahía Blanca”, en que la medida se impuso incluso careciendo de imputados formales en el proceso.

Los principios preventivo y precautorio obligan a las autoridades públicas a adoptar las medidas conducentes a garantizar el derecho humano al ambiente sano, y a proteger al mismo para las generaciones futuras. Se impone, en este nuevo paradigma, una actitud proactiva y preventiva, sobre la actitud reactiva clásica del derecho penal, y que resulta de la integración armónica de la normativa ya citada.

Es a la luz de estos principios que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la CN, que deben entenderse las amplias facultades que el art. 32 de la Ley General del Ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente para disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general (Fallos 329:3493).

Nada hemos dicho hasta el momento respecto de las facultades del Juez de Garantías de dictar de oficio la medida requerida, y no es casual. En el sistema acusatorio adversarial, es el fiscal quien debe promover la investigación; asumiendo el juez un rol pasivo de control de la actividad desplegada por el organismo acusador.

Por lo general, el juez no conoce el contenido de la investigación sino hasta el mismo momento en que se presentan los hechos y las evidencias para la formulación de cargos, es decir al momento de formalizar la investigación contra un imputado determinado.

Por ello es que consideramos que es acusador quien se encuentra en mejores condiciones de requerir las medidas cautelares, que deberán ser analizadas y dispuestas por el juez de garantías. Sin perjuicio de ello, si durante la audiencia de formalización de la investigación la parte acusadora no hubiese requerido una medida cautelar, en uso de las atribuciones concedidas por el art. 32 de la Ley General del Ambiente, entendemos que el propio juez de garantías podría dictar de oficio la medida, como anteriormente lo hacía el juez de instrucción.

Brevemente, referiremos a continuación dos casos en los que se pusieron en práctica en alguna medida los presupuestos previamente referidos.

Uno de ellos es el caso ya mencionado del Estuario de Bahía Blanca, en el que existe una multiplicidad de industrias que se encuentran bajo investigación y determinar cuál o cuáles de ellas es la responsable de la situación ambiental y, a los fines de formalizar la investigación, quiénes son las personas humanas que tuvieron participación punible en los hechos llevará un tiempo durante el cual no puede legitimarse la continuidad de la situación ni la falta de adopción de medidas de mitigación del daño.

La Asociación de Pescadores Artesanales de la Ría de Bahía Blanca, constituida como querelante, solicitó la aplicación de una medida cautelar para prohibir la captura y el consumo de los peces de la ría, por el riesgo que representa la bioacumulación de metales pesados, prohibir el vuelco de efluentes hasta tanto se cumpla con el saneamiento dispuesto por la normativa vigente y se prohíba en general el vuelco de metales pesados a la ría.

La Cámara Federal dispuso, en una resolución de corte estructural, por la gran cantidad de organismos y empresas intervinientes, que, “siendo conveniente para la defensa de los intereses ambientales que me encuentro obligado

(11) ESAIN, José A., ob. cit., t. II, ps. 612 y 613.

a proteger y ante la necesidad de que efectivamente comiencen a implementarse obras para evitar daños potenciales en el estuario de Bahía Blanca logrando un equilibrio justo entre el desarrollo y la conservación, conforme las facultades que me confieren los arts. 32 de la ley 25.675, 41 de la CN y 23 del Cód. Penal, corresponde encomendar a los representantes de las empresas denunciadas, de los querellantes, del Ministerio Público Fiscal, de la Municipalidad de Bahía Blanca, del Consorcio del Puerto de Bahía Blanca, del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, de la Autoridad del Agua de la provincia de Buenos Aires, y los organismos especializados en la materia que hayan intervenido en la presente causa, a formular —previa reunión al efecto y en un plazo de 90 días un plan concreto, que tenga como fin diagramar inversiones futuras, para asegurar el desarrollo integrado y sustentable de la ría de Bahía Blanca, que establezca un equilibrio entre el desarrollo y la preservación del ambiente”.

El otro de los casos es de la provincia del Neuquén. El Ministerio Público que se encontraba investigando la contaminación producida por el vertedero municipal al que se derivaban, además de los residuos sólidos urbanos, los barros provenientes de las plantas de tratamiento de líquidos cloacales de la localidad. Dicho vertedero se encontraba emplazado dentro de un predio privado, a escasos metros de la población. Tan es así que en el radio de 400 metros tenía una escuela, un centro de primera infancia e incluso un centro de salud. Y se encontraba excedido en su capacidad de recepción.

Inicialmente, y en forma previa a la formulación de cargos, se dispuso la prohibición de ingreso de residuos al predio, medida que fue acatada por el municipio. Asimismo, se requirió un plan de cierre para el cese de los efectos nocivos de los residuos acumulados en la población circundante y el ambiente. Sin embargo, dichas tareas quedaron trunca por falta de acuerdo económico entre la empresa privada titular del predio y el municipio.

Así, se requirió cautelarmente el acceso al predio a fin de culminar las tareas de cierre del vertedero, lo que fue admitido por el juez de ga-

rantías, debiendo el municipio tomar a su cargo en forma inmediata la realización o tercerización de las tareas de aislamiento de los residuos del ambiente para minimizar el riesgo a la salud de los pobladores. Estos dos casos, son exponentes de la tensión entre el derecho penal y el derecho ambiental, y cómo comienza a resolver la judicatura en función de los principios ambientales por sobre las normas tradicionales de la norma sectorial.

III. Conclusión

A lo largo del presente pudimos advertir que el “paradigma ambiental” logra iluminar e incluso modificar radicalmente los principios tradicionales de la normativa sectorial, en este caso penal. Y cómo ciertos “contenidos, que en apariencia son de derecho administrativo, derecho civil, derecho penal, derecho minero en realidad, son derecho ambiental, por este motivo ambivalentes. Este fenómeno se explica por las características del bien jurídico: expansivo y holístico” (12).

Es necesario avanzar hacia el reconocimiento integral del ambiente como bien jurídico tutelado, superando la dicotomía actual de nuestro ordenamiento jurídico, según el cual el derecho ambiental reconoce el valor intrínseco de la naturaleza, mientras que el derecho penal conserva una mirada utilitarista por el valor que el ambiente aporta a los seres humanos.

Sin embargo, y hasta tanto tal reforma se concrete, deben abordarse las investigaciones y procesos ambientales penales desde una mirada integradora, que persiga activamente la efectiva realización del derecho humano a un ambiente sano establecido en el art. 41 de la CN.

En este marco y ante el nuevo impulso de causas ambientales en el fuero penal, asistiremos cada vez con más frecuencia a medidas cautelares innovadoras, que se integran más en el derecho ambiental que en la normativa propiamente penal.

Los principios preventivo y precautorio y las facultades que concede la normativa ambiental a las autoridades en general y a los jueces en

(12) *Ibid.*, t. I, p. 425.

particular, transforman en gran medida los procesos cautelares, sean civiles o penales.

Estas medidas, podrán ser requeridas tanto por el acusador público como por el querellante particular, en cualquier estado del proceso, aún en forma previa a la formalización de la investigación, e incluso pueden ser dispuestas de oficio por el juez de garantías. Y toman especial relevancia en el proceso penal de corte acusatorio adversarial, que se orienta a la solución de

los conflictos sociales y a la pacificación de la sociedad.

Los operadores jurídicos, abogados, jueces y fiscales debemos apropiarnos del mandato constitucional de proveer a un ambiente sano, y desde el rol que cada uno cumple en el proceso, abordar la problemática ambiental desde una panóptica que no busque aislar conceptos y aplicarlos desde la normativa sectorial, sino integrarlos y hacerlos parte del “estado ecológico de derecho”.

PROPIEDAD INTELECTUAL

Las patentes y la actividad inventiva

Claudio G. García (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El estado de la técnica en desarrollos biotecnológicos.— III. Las patentes y la naturaleza.— IV. Conclusión.

I. Introducción

Por el art. 4º de la ley 24.481 (LP), se establece que las invenciones de productos o procedimientos, siempre que sean nuevos, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial, serán patentables.

Los mismos extremos requiere el art. 27 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (1).

No obstante, el concepto de invención resulta poco claro y los restantes conceptos expuestos no resultan uniformes en el derecho comparado.

La actividad inventiva se relaciona con el carácter no obvio de la tecnología creada (2), es decir, que la invención no surja de cualquier persona capacitada mediante la aplicación de los conocimientos técnicos anteriores a la solicitud. Así, podemos tener un criterio restrictivo, condicionando la existencia del invento al genio creativo (3), o bien entender que prácticamente no existen diferencias entre novedad y "altura inventiva", brindándole solo una preponderancia a la primera.

(*) Especialista en Derecho y Política de los Recursos Naturales y del Ambiente (UBA-Derecho); docente universitario de grado y posgrado (UBA y UAI); realizó distintas publicaciones relacionadas con la temática ambiental.

(1) Ley 24.425.

(2) "Nonobviousness" 35 USC 103

(3) "Flash of creative genius", conf. Sup. Corte EE. UU. en el caso "Cuno Engineering v. Automatic Devices", 314 US 84 (1941).

El problema se centra en el hecho de fijar parámetros estables que nos sirvan para delimitar lo que resulta patentable de aquello que no lo es, toda vez que la técnica se desarrolla a partir de la ciencia y esta es dinámica y no lineal. Así la distinción entre invento y descubrimiento puede resultar artificial, dado que no resultarían fenómenos aislados, sino que aparecen compenetrándose (4).

En la práctica cotidiana (5), se determina si el solicitante de la patente cumple con el mencionado requisito legal, estableciendo una diferencia entre el contenido de la reivindicación y el arte previo. Así debemos indagar sobre el estado de situación existente al tiempo de la solicitud o de la prioridad invocada, valiéndonos de todos los documentos, información existente y publicaciones relacionadas con la técnica de que se trate. Si la creación es deducible para cualquier persona versada en la materia en ese tiempo, carece de actividad inventiva.

De lo dicho, se sigue entonces, que tenemos que describir el estado de la técnica en la materia que nos ocupa y ubicarla cronológicamente en la historia de la ciencia.

II. El estado de la técnica en desarrollos biotecnológicos

A partir del trabajo de científicos como James Dewey Watson y Francis Harry Compton Crick, se sabe que la molécula de ADN (6) está

(4) KUHN, T. S., "La estructura de las revoluciones científicas", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, ps. 92 y ss.

(5) Me refiero a como el Instituto Nacional de Propiedad Intelectual (INPI) regula y controla el otorgamiento de patentes.

(6) Ácido desoxirribonucleico.

formada por dos cadenas de nucleótidos que se enrollan sobre un eje común de simetría configurando una doble hélice (7).

El descubrimiento causó un gran impacto en las ciencias, incluida la botánica y contribuyó al desarrollo de disciplinas tales como la biología molecular y la ingeniería genética. Esta última, nos permite identificar, copiar y transferir fragmentos de ADN y expresar genes (producir las proteínas para las cuales estos genes codifican) en organismos diferentes al de origen. Hoy podemos obtener proteínas recombinantes de interés y también mejorar (8) cultivos y animales.

En ingeniería genética de plantas, los hitos principales que contribuyeron a las OGM (9) fueron el procedimiento de localización de la porción del material genético que codifica determinada proteína, el descubrimiento de los plásmidos (tipo de ADN bacteriano y que sirve de "mensajero"), las enzimas de restricción (que se usan para "recortar" y "pegar" el ADN y abrir el plásmido) y el descubrimiento de un plásmido bacteriano apto para depositar el nuevo gen en la célula vegetal.

Con respecto a la cronología de estos avances tenemos p.ej., que en 1973 fueron detectadas las enzimas de restricción, y en 1983, se encontró la bacteria "Agalla de corona" cuyo plásmido sirve para transferir genes nuevos al cromosoma de la planta de soja. En 1994, se logró ubicar y clonar de la planta de petunia, el gen que determina la enzima EPSPS.

Así, las investigaciones sobre la alteración del material genético de los cultivares llevan déca-

(7) Cada nucleótido está compuesto por un azúcar, un fosfato y una base nitrogenada. Dichas bases son cuatro: adenina (A), timina (T), citosina (C) y guanina (G). Así la A se estructura siempre enfrente de una T, C o G en la doble cadena. Podemos entonces entender a la vida como una información digital escrita en el ADN. La información es una secuencia de A, T, C y G, que se combinan para formar genes. Cada gen es un fragmento de ADN con una "secuencia" de funciones particulares. Hay un promotor, una función reguladora, una región de codificación y una secuencia de terminación. Los genes "escritos" en el ADN se transcriben a otra molécula, el ARN mensajero, compuesto por aminoácidos.

(8) Tal vez lo correcto sería decir "modificar".

(9) Organismo genéticamente modificado.

das. Uno de los resultados más divulgados ha sido la modificación genética del tomate, que fue aprobado como alimento en 1994.

Ahora bien, dentro de esta historia de descubrimientos se mezclan aportes técnicos sucesivos, que presentan una entidad desigual.

Ahora bien, consideremos por un momento, que nuestra intención es patentar p.ej., una molécula de ADN recombinante y una célula vegetal transformada por aquella, con determinados fines comerciales a los efectos de lograr una mayor proporción de almidón en el tubérculo de papa que transformamos.

En virtud de lo expuesto, debemos considerar los conceptos de gen, promotor, secuencias, ADN, etc., así correspondería detallar: 1) un promotor que funciona en las células del tejido vegetal de destino 2) una secuencia de ADN estructural de fuente microbiana que provoca una secuencia de ARN y 3) una secuencia no traducida de ADN que funciona en la célula vegetal para causar la terminación transcripcional y el agregado de nucleótidos.

De lo expuesto se sigue que no todo aporte técnico que se realice en el campo de la biotecnología y que tenga aplicación industrial será patentable. La Ley de Patentes no equipara la actividad inventiva a la mera innovación.

Por otra parte, tenemos que considerar otra problemática, dado que modificamos materia ya existente en la naturaleza y esto no constituye creación humana.

Asimismo, hay que tener presente que el desarrollo de investigaciones biotecnológicas puede verse favorecido por descubrimientos y por mejoras que no alcanzan el nivel de invento. Podemos concebir la tecnología como un "bien público no rival" que ofrece innovaciones de dos clases: radicales e incrementales (10). Las primeras son eventos discontinuos que resultan de esfuerzos deliberados de investigación y desarrollo. Las segundas, en cambio, se dan de una manera continua en cualquier actividad indus-

(10) FREEMAN, C., "El reto de la innovación", Ed. Galac, Caracas, 1987, ps. 78-79, citado por CORREA, C. en "Propiedad Intelectual e innovación. La excepción de experimentación", ED 171-850.

trial y la mayoría de las veces son consecuencia de la superación gradual del producto originario sugerida por ingenieros involucrados en el proceso de producción.

La invención incremental está basada en un stock de conocimientos acumulados y en la exploración de tecnologías existentes de manera rutinaria, lo cual dificulta la apreciación del aspecto creativo que el interesado pretende esgrimir. El mejoramiento de variedades vegetales en la industria de semillas pertenece a esta categoría.

Otro aspecto a considerar es que el régimen de patentes es definido en cada nación respetando los estándares mínimos de protección y flexibilidades impuestas por los tratados internacionales. El art. 41.5 del ADPIC determina que los Estados no asumen la obligación de instaurar un sistema judicial distinto al que ya tienen para resguardar los derechos de propiedad intelectual, ni de prescindir de sus propias leyes.

De lo dicho se sigue entonces que se debe demostrar, al momento de la prioridad, que el objeto a reivindicar no era deducible para una persona versada en la materia.

III. Las patentes y la naturaleza

Llegado a este punto y a modo de interrogante, debemos considerar si es posible patentar materia viva, de conformidad con las disposiciones del art. 17 de la CN, el art. 27 del ADPIC y los arts. 1º, 6º, inc. g), y 7º, inc. b), de la LP (11).

Para ello deberíamos considerar si las células transformadas genéticamente tienen la aptitud de generar una planta completa.

En nuestra legislación, dichas innovaciones se encuentran excluidas de la LP, y en cambio,

(11) No podemos patentar una planta o un animal, podemos patentar un microorganismo modificado (aislado de la naturaleza o creado en el laboratorio). La LP no permite patentar microorganismos naturales porque son descubrimientos. La ADPIC, permite patentar microorganismos modificados (art. 27.3.b.). La patentabilidad de secuencia de genes, queda limitada por el art. 6º de la LP, toda vez que impide patentar una secuencia, incluso aislada de su entorno, sino esta modificada y posee las notas de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial.

se hallan protegidas por el régimen legal del obtentor implementado por la ley 20.247 de Semillas y el Convenio UPOV (12).

Por otra parte, conforme al ADPIC, el amparo del aporte innovador, no puede tener doble resguardo.

Para nuestra ley entonces, resulta de aplicación al caso la Ley de Semillas y el Convenio de la UPOV.

Así, al considerar el art. 17 de la CN, debemos entender que el derecho que dicha cláusula constitucional reconoce al inventor no está exento de los límites impuestos por las leyes que reglan su ejercicio, de conformidad al art. 28 de la CN.

Seguidamente, los tratados internacionales sobre propiedad intelectual configuran parte del núcleo mínimo de amparo constitucional, con rango superior a las leyes (arts. 31 y 75, inc. 22, CN). El otro límite lo impone la legislación interna. La ADPIC permite a sus miembros optar por establecer un régimen legal alternativo al derecho de patentes para proteger obtenciones vegetales. El concepto de "obtencciones vegetales" es utilizado por los tratados internacionales que ofrecen protección similar a las patentes, en el sentido corriente, como "toda variedad nueva que haya sido creada o descubierta". Se entiende por variedad una categoría más pequeña que la especie y desde ya, que el género.

Por otra parte, la expresión "sistema eficaz sui generis", al que hace referencia el tratado, implica un derecho de propiedad intelectual relacionado con las plantas (13).

La remisión a esos modelos (14) presupone la eficacia de ellos para preservar el derecho de los

(12) Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales.

(13) Así podemos considerar la referencia a la *Plant Patent Act, de los EE. UU.* del año 1930, para plantas de reproducción asexual. Pero además tenemos la *Plant Variety Protection Act de 1970*, que resulta un certificado de protección para plantas de reproducción sexual. En este caso, no existe una patente propiamente dicha.

(14) Podemos referirnos indistintamente al UPOV, al CDB o al TIRFAA (FAO).

innovadores, incluido en principio también, al propio material genético, que constituye la primera fase del aporte del innovador (15).

Así los Estados pueden decidir amparar las obtenciones vegetales por la Ley de Patentes, por el sistema *sui generis*, o por una combinación de ambos.

La facultad de optar está justificada en la medida en que unos de los fines del ADPIC (16) es el de universalizar el derecho de propiedad intelectual adoptando un paradigma que concilie los intereses de los innovadores y de los usuarios.

Entre los intereses de los usuarios están: conservar la diversidad biológica, resguardar la salud pública al aprovechar los OGM, participar justa y equitativamente de los beneficios que deriven de la utilización de los recursos genéticos. Estos reconocimientos se encuentran en el ADPIC —declaración preliminar y arts. 7º y 8º— en el CDB (17).

También hay que integrar el derecho de los agricultores relacionado con el resguardo de conocimientos tradicionales y la facultad de reservar y volver a utilizar semillas obtenidas de la variedad protegida; asimismo, los derechos de los pueblos originarios a conservar su hábitat natural y el saber que forma parte de su acervo cultural.

Debemos considerar que los tratados internacionales constituyen un instrumento de cooperación entre las naciones, así no es razonable interpretar al ADPIC poniendo en pugna sus disposiciones con las de otros acuerdos.

Cabe destacar que nuestro país, adoptó un sistema *sui generis* de protección de las obtenciones vegetales, que resulta eficaz y que lo rele-

(15) Queremos señalar que pueden ser o no la misma persona el titular del derecho de patente y el titular del derecho del obtentor. En caso negativo, existirá entonces una licencia entre ambos que lo relacionará para la comercialización de la variedad vegetal genéticamente modificada.

(16) Conf. art. 31.1. de la Convención de Viena sobre Tratados.

(17) Convenio de Diversidad Biológica.

va de incluirlas en el sistema de patentes, todo ello en el marco de la ADPIC (art. 27.3.b) y del Convenio de la UPOV (art. 2.1.).

En el derecho interno, el sistema se completa con ley 20.247 y su dec. regl. 2183/1991 y la ley 25.585, que ratifica las funciones del INASE.

Así la creación de un OGM permitiría calificar a su creador como obtentor en el caso de que cumpla con toda la normativa en la materia, es decir, en la innovación que introduzca en la ingeniería genética de la plantas, se traduzca en una obtención vegetal de amparo legal.

El derecho de patente comprende la reivindicación, por ejemplo, de un gen químico, pero no de la planta que se obtenga (18). Por otra parte, el hecho de que el legislador no haya excluido en forma expresa determinadas innovaciones biotecnológicas —genes químicos— no es suficiente, *per se*, para lograr que la autoridad de aplicación las patente (INPI).

Podemos esgrimir diversas razones: el inventor previsto por el art. 17 de la CN fue desplazado por el inversor (generalmente una empresa trasnacional); las innovaciones biotecnológicas, cuando son aplicadas intensivamente en la agricultura, pueden afectar a variedades naturales, generando entre otros problemas, erosión genética. El sesgo comercial del emprendimiento, privilegia la uniformidad del laboratorio sobre la biodiversidad natural. Podemos comenzar modificando la naturaleza y terminar sustituyéndola.

La semilla transgénica no es una cosa mueble, fungible y consumible, es más bien una “idea” que se renueva con cada mejora incremental.

Cada patente del material genético renovado implica una suerte de monopolio sobre una parte de la naturaleza, y ello en detrimento de la biodiversidad como un “objetivo de toda la humanidad” (19).

Por otra parte, la patentabilidad del material genético vegetal genera conflictos: la vincula-

(18) Esta se encuentra resguardada por el derecho del obtentor.

(19) Conf. CDB.

ción estrecha entre descubrimiento (no patentable, art. 6º, LP) e invención; la valoración de la actividad inventiva en los aportes biotecnológicos (los descubrimientos sobre material genético pueden ser patentables si entendemos que la naturaleza no integra el estado de la técnica) y por último, el material objeto de la mejora proviene de la naturaleza y tiene propiedades y funciones ajenas a la labor del innovador (es discutible que se pueda patentar todo el material por el solo hecho de haberlo modificado).

IV. Conclusión

La idea entonces es definir la extensión de la patentabilidad. El legislador no puede evaluar todas las innovaciones biotecnológicas posi-

bles, a fin de expedirse sobre la prohibición de algunas.

Por ello debe modular el concepto de actividad inventiva, conciliar los intereses comprometidos y dar respuesta en torno de los problemas que se susciten en torno a dicho material **(20)**.

(20) Con la ley 26.270, de Promoción del Desarrollo y Producción de la Biotecnología Moderna, se admitió la solicitud de patentes sobre invenciones logradas en el campo de la biotecnología (art. 2º) solo a favor de los beneficiarios enunciados en el art. 3º y siempre que se den los requisitos de los arts. 8º, 11, 13, 14 y 18 y en los arts. 4º, 6º y 7º de la Ley de Patentes (art. 18 ley cit.). A nuestro entender, con dicha norma se trata de subsidiar algunas iniciativas, pero su aplicación puede dar lugar a conflictos, creemos necesario modificar dicho marco legal, a los fines de resguardar los derechos del obtentor.

ACTUALIDAD AMBIENTAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Caso “Décima, Julia Graciela y otros c. Productos de Maíz SA”: análisis de un proceso de 20 años en la provincia de Buenos Aires

Tomás Vasser (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes fácticos del fallo.— III. Sentencia de primera instancia.— IV. Sentencia de la Cámara de Apelaciones.— V. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Recurso de la demandada.— VI. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Planteos realizados en la SCBA por la parte actora.— VII. Opinión sobre el fallo.— VIII. Reflexiones finales: la problemática de los honorarios profesionales en los procesos de incidencia colectiva.

I. Introducción

Recientemente la SCBA ha resuelto, en un proceso iniciado en 2001, la responsabilidad por daño ambiental de una empresa de la localidad de Chacabuco. El precedente tiene un atractivo particular, ya que la Corte resuelve sobre la aplicación del daño punitivo en un proceso ambiental de una forma, la cual —anticipo— no comparto.

Si bien muchas partes del decisorio de la SCBA son más que atinados, el precedente merece una opinión crítica en cuanto diálogo de fuentes, el humano y su interacción con el ambiente, la regulación de honorarios profesionales y los plazos procesales de un pleito que tomó dos décadas en ser resuelto.

El trabajo aquí realizado apunta no solo al estudio de un fallo en sí mismo, sino a un cambio

de la forma en la que hoy en día son resueltos los procesos ambientales. Gran parte del presente texto, se debe al trabajo recientemente publicado por el Dr. Aníbal J. Falbo en la *Revista de Derecho Ambiental*, nro. 63, edición julio/septiembre del año 2020, el cual fue titulado: “La transmutación ambiental de los derechos individuales”.

II. Antecedentes fácticos del fallo

Un grupo de vecinos del Barrio de la Construcción (encabezados por Julia Graciela Décima) de la localidad de Chacabuco de la provincia de Buenos Aires, inició una Demanda Civil de Daños y Perjuicios contra la Firma Productos de Maíz SA (anteriormente conocida como Ingrección Argentina SA), la pretensión de la acción incoada contenía por un lado la defensa de un bien colectivo (cese del daño ambiental) y por otro la defensa de intereses individuales (daño físico, psíquico, el moral, el menoscabo a la vivienda y el daño ambiental). La empresa demandada pertenece a una corporación multinacional líder en el rubro de ingredientes para la industria alimenticia, que viene funcionando desde hace muchos años en la localidad de los actores.

(*) Abogado especialista en Derecho Ambiental; 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; prosecretario de la Comisión de Derecho Ambiental de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA).

El proceso viene de larga data, el primer despacho proveído por el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 del Departamento Judicial de Junín, es del 5 de octubre del 2001 (1). Casi 20 años después, llega la sentencia definitiva del máximo tribunal de justicia bonaerense. Algo que la justicia ordinaria diez años atrás reconocía como responsabilidad de la justicia, en el fallo de primera instancia al decir: "Es así, que en febrero de 2011, pasados ya más de 10 años desde el inicio de la causa y con mucha tinta corrida en el río del progreso doctrinario y jurisprudencial, con nuevas apreciaciones y reglas aceptadas por los máximos tribunales provinciales y magníficas intervenciones de la Corte Suprema Nacional, se decidió dar un giro trascendental en la causa, que si bien debió haberse dado con anterioridad, no resultó tardío, ello considerando el avance que se logró, como se verá en los detalles expuestos *infra*" (2).

III. Sentencia de primera instancia

Como fue previamente detallado, los actores incoaron una acción civil de daños y perjuicios en la Justicia ordinaria de Junín, además del objeto de fondo de la demanda ya mencionado, los actores solicitaron una medida cautelar de no innovar, a fin de que no se modifique la situación de hecho de la planta industrial. Esto debido a que los actores ya habían iniciado reclamos administrativos realizando denuncia a organismos provinciales, tales como AGOBSA (ahora Autoridad del Agua), Secretaría de Política Ambiental, Secretaría de Desarrollo Sustentable (ahora OPDS), Municipalidad de Chacabuco, etc. La medida de no innovar fue rechazada en primera instancia, situación que fue revocada por la Cámara interviniente. Además, decretar la medida de no innovar, el OPDS ordenó la clausura de la Planta, cuestión que posteriormente tuvo un levantamiento parcial, para poder finalizar una obra de tratamiento de efluentes.

Una vez cerrada la etapa postulatoria y probatoria, se elevó a autos para sentencia, en donde el juez de primera instancia reconoció el cese y la obligación de recomponer el daño ambien-

(1) <https://mev.scba.gov.ar/proveido.asp?pidJuzgado=GAM178&sCodi=10216&nPosi=283480&sFile=a&MT=>.

(2) JCiv. y Com. Nro. 3° de Junín, "Décima, Julia Graciela", cit.

tal por parte de la demandada, cuestión que se encontraba debidamente acreditada. También ordenó la escisión del proceso, siguiendo el lineamiento reconocido en el precedente Mendoza en 2006 (3), separando el derivado del daño individual a los actores y el colectivo derivado del daño al ambiente en sí mismo. Dificultando resolver el reclamo individual para un momento posterior. La sentencia de primera instancia condenó a la demandada en los siguientes términos:

— La demanda debería arbitrar y ejecutar todas las medidas para cesar el daño ambiental el cual continuaba gestándose.

— Ordenó que en el plazo de 45 días la demandada entregara un plan de remediación adecuado por el daño ambiental causado.

— El plan debería ser diagramado en etapas temporales con fecha de inicio y de fin.

— Se designó como veedor de dicho judicial, al Lic. Amílcar H. Risiga.

— Se fijó la suma de \$7.200.000 en concepto de multa, importe que debía ser aportado al Municipio de Chacabuco con el objeto de que se satisficiera la necesidad de insumos e instru-

(3) "¿Cuál es la herramienta procesal con que se maneja semejante litigio colectivo? El tribunal solo cuenta, como soporte ritual, formal o procedimental, con el Código Procesal de la Nación, y las normas procesales que contiene la Ley General del Ambiente (LA 2002-D-4836), que establece una estructura básica o incipiente de la clase de procesos colectivos ambientales. Aunque esta última ley marco, acorde con ideales de la justicia de acompañamiento, modifica el rol, perfil o papel del magistrado, para transformarlo en un juez de compromiso social, de protección de hogaño, en defensa del interés general en juego. La Corte sabe perfectamente esto último, participando activamente en el desarrollo del proceso. No es pasiva espectadora del juego procesal. Por el contrario, desde un principio puso en práctica facultades de instrucción. Y sostuvo la necesidad, desde la primera resolución dictada en este proceso, de una enérgica actuación del pretor en defensa del bien jurídico tutelado ambiente, con ropaje constitucional privilegiado. Divide la causa (...) y con la mirada puesta hacia adelante, ordena la rápida, eficiente y eficaz recomposición" (CAFFERATTA, Néstor, "Perfil del juez y efectos de la sentencia colectiva ambiental en caso Riachuelo", en *Summa Ambiental, Doctrina-Legislación-Jurisprudencia*, Ed. Abeledo Perrot, 2011, t. II, ps. 1285-1298.

mentales básicos de las salas de primeros auxilios de esa ciudad.

Es interesante remarcar que la mención de “daño punitivo” es tomada por la Cámara de Apelaciones y la SCBA. La sentencia de primera instancia, en cambio no solo no utiliza este concepto, sino que no hace mención a la ley 24.240. La suma fijada la fundamenta en una interpretación del principio de responsabilidad empresarial, en conjunto con el Principio Ambiental de Responsabilidad (art. 4º, LGA) y como resultado de la creación del Fondo de Compensación Ambiental (mencionado por el art. 28, LGA y creado por el art. 34, LGA) (4).

IV. Sentencia de la Cámara de Apelaciones

Sobre el pronunciamiento dictaminado en primera instancia, tanto la parte actora como la parte demandada interpusieron recursos de apelación. Dentro de los agravios presentados por cada parte, la empresa demandada denuncia la falta de análisis del daño a la salud en profundidad por primera instancia y la limitación a transcribir solo los potenciales daños a la salud; que los olores denunciados por la demandada son parte de la normal actividad industrial y no causan enfermedades, sin mencionar tampoco si los mismos olores están por encima o debajo de la “normal tolerancia”; que la sentencia pone en eje central actuaciones administrativas que son consideradas irrelevantes; que el efluente

(4) JCiv. y Com. N° 3 de Junín, “Décima, Julia Graciela”, cit.: “Si bien ello es una actitud o decisión que debe tomar voluntariamente la empresa y no ‘una directriz’ que deba efectuarse desde la esfera judicial, fusionando esa responsabilidad empresarial con en el principio de responsabilidad incorporado en la LGA —art. 4º— (conf. Comentario art. 4º LGA —Néstor A. Cafferatta— ‘Ley 25.675 General del Ambiente’ Comentada, interpretada y concordada - Publicado en: DJ 2002-3, 1133) y lo dispuesto en los arts. 28 y 34 de la misma, sumado a la actitud adoptada por la firma reseñada en el apartado sexto de la presente y el hecho de haberse valido económicamente de recursos naturales durante todos estos años devolviéndolos en valores al menos riesgosamente objetables, creo adecuado imponer a la firma demandada Productos de Maíz SA —hoy Ingredion SA— la obligación de aportar al Municipio de la Ciudad de Chacabuco, la suma de \$7.200.000 —equivalente a US\$ 846.063 (conforme cotización del día de la fecha —<http://www.bcra.gov.ar>— que se destinará a satisfacer a las Salas de Primeros Auxilios barriales de los insumos e instrumentales básicos de funcionamiento”.

industrial no genera daño ambiental al río Salado; desestimó los informes y análisis que fueron presentados por el equipo técnico de la UBA del agua, aire y suelo; innecesaridad del plan de remediación por inexistencia del daño ambiental; violación al principio de congruencia por pagar una suma de dinero al municipio no solicitada por la actora; entre otros.

La Cámara confirmó la condena de primera instancia condenando a la demandada, sin embargo, redujo la suma de dinero interpuesta por primera instancia a \$5.000.000, entendiendo que esta sanción, era de características punitivas por aplicación del art. 52 bis de la ley 24.240, siendo 5 millones el máximo monto que reconoce la Ley de Defensa al Consumidor por multas.

Por otro lado, estuvo también de acuerdo con la decisión de primera instancia de diferir el reclamo individual para una instancia posterior, debido a la cantidad de actores y la complejidad de la prueba a producirse. Según la Cámara de no haber tomado esta medida se hubiera generado una mayor demora en la resolución del litigio (5) (recordemos que para esta instancia estamos en la Cámara de Apelaciones, y la sentencia fue arribada el 19/11/2015). En un análisis del fallo de segunda instancia, la Cámara desvirtúa la pretensión unificada (del daño individual y el colectivo) que presenta la actora, haciendo un análisis del art. 27 de la LGA: “La distinción entre las diferentes categorías de daños ambientales, también permite desvirtuar el agravio de la parte demandada referido a la omisión de análisis de la salud de la población y sobre ‘la existencia efectiva de las numerosas enfermedades listadas en la población aledaña a la Planta’; toda vez que la existencia del daño al ambiente, en los términos del art. 27 de la ley

(5) CCiv. y Com. Junín, 19/11/2015, “Décima, Julia G. y otros c. Productos de Maíz SA (Ingredion Argentina SA) y otros s/ daños y perjuicios”, cita online AR/JUR/53943/2015, consid. IX, voto del juez Guardiola: “Digo con acierto, porque la complejidad de la prueba ofrecida en miras de la acreditación de los daños individuales (teniendo en cuenta la gran cantidad de actores) hace presumir que su producción demorará aún más la ya retrasada tutela ambiental (no olvidemos que la causa se inició en el año 2001)”.

25.675, no depende de la comprobación de tales extremos" (6).

La Cámara hace un análisis a profundidad referido al paradigma ambiental, la encíclica *Laudatio Si'* y el daño ambiental propiamente dicho, sosteniéndose por sobre todo en la doctrina imperante en la causa "Mendoza". Por otro lado, remarcó el principio de responsabilidad objetiva del art. 28 de la LGA, la dificultad probatoria en esta materia, el valioso aporte de los informes y dictámenes de la UBA y el valioso rol inquisidor de la magistrada de primera instancia. Según lo establecido por la Cámara, a diferencia de lo expresado en sus agravios por la demandada, los expedientes e infracciones administrativas generadas analizados en conjunto con el informe de la UBA, establecía una "presunción del daño ambiental", de la cual ya se había pronunciado previamente el juez Rezzónico en el fallo "Pinini de Pérez c. Copetro SA" de la sala II de la Cámara 1ª de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, del 27/04/1993.

La Cámara consideró que los datos aportados por la pericia en la causa penal que se tramitaba en el Juzgado Federal de Junín, era inferior a la aportada por la pericia en este proceso.

Con referencia a la extensión de la medida cautelar, la Cámara rechazó el levantamiento solicitado por la demandada, tendiendo que cuenta que la propia demandada reconocía el daño ambiental que generaba, al solicitar que se deje sin efecto la medida de no innovar que impedía la realización de una obra necesaria para adecuar la planta de tratamiento de residuos, la cual estaba desde 1970, y recién 52 años después se aprobó dicha obra.

Se confirmó la designación del Lic. Risiga como perito veedor de las obras de remediación, ya que había intervenido en la medida cautelar, se consideraba la opción más práctica y acorde con los principios de economía procesal.

Si bien la Cámara consideró que el principio de congruencia no había sido violado por la sanción punitiva de 7.2 millones de pesos, ella es reducida a 5 millones —por aplicación del

art. 47, inc. b), LDC]. Sin embargo, la Cámara entiende que la medida es legítima, ya que por la índole de los derechos en juegos y la aplicación del art. 32 de la LGA, el juez podía ordenar medidas no solicitadas por las partes, ejemplo de esto es la sanción reconocida en el art. 52 bis de la LDC. Según lo manifestado en el voto del camarista Guardiola al decir: "si bien gran parte de la contaminación ha sido mitigada con posterioridad al inicio de los presentes, la detenida lectura de los expedientes administrativos y de lo aquí actuado, me hace suponer que difícilmente la empresa hubiese tenido una actitud condescendiente con el ambiente, de no ser por la presión impuesta por los actores (al promover las denuncias administrativas y la demanda judicial) y por el encomiable rigor y recelo con el que la Dra. Morando ha manejado la causa desde aquella decisión de encauzar el proceso (...). Por ello, encuentro procedente la aplicación de una sanción pecuniaria a la demandada, cuyo importe, evaluando la gravedad del prolongado incumplimiento y las circunstancias del caso, creo que ha sido justamente fijado" (7).

V. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Recurso de la demandada

Tanto la actora como la demandada interpusieron recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley contra el decisorio de la Cámara de Apelación de Junín.

La demandada manifestó diferentes agravios que sistematizaremos a continuación: Violación legal de los arts. 18, 19 y 41 de la CN y del principio de congruencia; absurdo en la apreciación de la prueba; confusión deliberada de la Cámara en los intereses individuales y colectivos; falta de comprobación de una alteración negativa relevante al ambiente; no se comprobó afectación a la salud de las personas, por lo que no hay relevancia en la alteración al ambiente y, por ende, no se comprueba la existencia del daño ambiental; la superación del límite administrativos no equivale al daño ambiental; apreciación parcial de los informes técnicos presentados por la UBA y depreciación del informe del Laboratorio de Toxicología y Química Legal del Cuerpo Médico Forense; pone de resalto la exagerada

(6) *Ibid.*

(7) *Ibid.*, consid. XIV.

extensión de la medida cautelar; designación arbitraria del Lic. Risiga como veedor del plan de remediación; se agravia de que se haya mantenido la multa a favor de la Municipalidad de Chacabuco pues se ha violado el principio *nulla poena sine lege*, el principio de congruencia, el debido proceso y el derecho de defensa en juicio; entre otras.

El recurso prospera parcialmente, y en ese orden de ideas la SCBA hace un análisis de cada uno de los agravios presentados por la demandada:

— *Absurdo de sentencia en error conceptual de la Cámara que atomiza la cuestión ambiental separando el daño al ambiente del daño individual*: considera que no le asiste premisa al absurdo planteado, ya que tanto el art. 32 de la LGA (fundamentado en el art. 41, CN) como el art. 1° de la ley 11.723 Provincial Ambiental (fundamentado en el art. 28, Const. prov.), establecen el marco de defensa de los intereses colectivos, como una protección en sí misma, concretamente dice: “se desprende que tanto en el régimen nacional como en el provincial la protección al ambiente es una protección en sí misma, es el objeto de la protección, lo que ha sido corroborado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar en el caso M.1569.XL *in re* 'Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios' (...). Debe tenerse presente que rigen en el derecho ambiental los principios de prevención y precautorio, contenidos en el art. 4° de la Ley General del Ambiente que otorgan el marco de actuación para el efectivo cumplimiento del art. 41 de la Constitución” (8).

— *Absurdo en la valoración de la prueba que realiza la Cámara*: sobre esta cuestión la SCBA, establece que el agravio que presenta la demandada no puede prosperar. Ya que la forma en la cual se valora la prueba constituye competencia de los jueces de grado, y no se puede deducir absurdo por la predilección de una fuente proba-

(8) SCBA, 31/03/2021, "Décima, Julia Graciela y otros c. Productos de Maíz SA (Ingredión Argentina SA) s/ daños y perjuicios", y su acumulada: "Díaz, Zulema y otros c. Productos de Maíz SA s/ daños y perjuicios", voto del juez Genoud, consid. IV.2, cita online: TR LALEY AR/JUR/7388/2021.

toría por sobre otra, como ya lo ha establecido previamente la Corte (9). Ese mismo criterio la SCBA lo extiende a la determinación del daño ambiental al decir que “tanto la definición de la existencia del daño ambiental como la determinación de la cualidad relevante de la alteración provocada, en virtud de su propia esencia fáctica, son tareas propias del juzgador de la instancia ordinaria irrevisables en casación salvo que, a su respecto, se denuncie y acredite la existencia del vicio invalidante de absurdidad” (10). Asimismo, la Corte recalca el trabajo del cuerpo técnico que un informe de 2013 confirmó que las emisiones gaseosas y su calidad superaban los estándares y límites remarcados por la ley 5965 de la provincia y su entonces dec. regl. 3396/1996. Con referencia al agua se determinó que la calidad de los cuerpos de agua en los cuales eran volcados los efluentes, no impedía su traspaso hacia el subsuelo. Por todo ello la Corte concluye lo siguiente: “Así que frente a la inocultable contaminación que en distintos momentos ha producido la empresa demandada, relevadas en las actuaciones administrativas y en el informe técnico de la UBA, la recurrente adopta una postura reduccionista, apotocada en la inexistencia de daño a la población y por ende de daño ambiental, desconociendo que el objeto de protección de la ley 25.675 es este último, cuya conceptualización ha realizado la Corte federal en el ya mencionado caso 'Mendoza', sin lograr demostrar a esta Corte cuál es el yerro de la Cámara en la apreciación de la prueba, lo que demuestra la insuficiencia del intento revisor” (11).

— *La superación de los límites administrativos no equivale a la presunción del daño ambiental*: el agravio afirmado por la demandada es incorrecto. Primero que nada, la Cámara menciona y reconoce el veto parcial del art. 29 de la LGA, sobre la presunción *iuris tantum* por las infracciones administrativas. En este sentido la SCBA cambia la concepción de presunción que sos-

(9) En este sentido y en el presente fallo la SCBA cita como casos análogos los siguientes: conf. doct. causas C. 119.324, "Romero", sent. de 15/07/2015 y C. 120.134, "López", sent. de 29/08/2017.

(10) SCBA, "Décima, Julia Graciela" y su acumulada "Díaz, Zulema", cits., voto del juez Genoud, consid. IV.3.

(11) *Ibid.*

tiene la demandada al decir que “en realidad aprehende las verificadas infracciones administrativas, no ya como presunción legal *iuris tantum* sino como presunción hominis o simple, es decir aquella que el juzgador deduce —prevista en el art. 163 inc. 5º del Código Procesal Civil y Comercial—” (12).

— *Exagerada vigencia de la medida cautelar*: sobre este tema el voto liderante del juez Genoud acompaña íntegramente el dictamen del subprocurador general. Consideran que carece de fundamento el agravio esgrimido por la demandada atento a que la contaminación generada había precedido la medida cautelar.

— *Designación del veedor judicial Lic. Amílcar H. Risiga*: señala la SCBA, que la colaboración por parte del veedor judicial ha sido más que necesaria, y carece de fundamentos el absurdo que denuncia la recurrente. Expresamente dice la SCBA: “Estimo que la recurrente no logra demostrar el absurdo en la designación del experto como veedor ni tampoco infracción alguna del Código Procesal Civil y Comercial, pues el profesional ha prestado su colaboración en el proceso desde su etapa inicial y no existe en el expediente ninguna petición que amerite su desvinculación, presentando su impugnación solo la disconformidad que la decisión le provoca desde su particular postura, lo que marca la insuficiencia del embate” (13).

— *Sanción punitiva impuesta a la demandada*: sobre este punto la SCBA, sostiene que asiste razón a la demandada. La Corte entiende que la aplicación analógica del art. 52 bis de la LDC, no es viable: “la ausencia de una norma que permita imponer en el ámbito de la tutela al medio ambiente este tipo de institutos impide su aplicación, aún por analogía: no hay pena sin ley que la imponga (v., en tal sentido, Quaglia, Marcelo C.; 'El daño punitivo: la posibilidad de extender su aplicación más allá de la ley de defensa al consumidor', LA LEY 2016-A, 141; Martinotti, Diego F.; 'La aplicación analógica de los daños punitivos', LA LEY 2016-A, 135)” (14). La SCBA hace referencia a lo esta-

blecido en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Santa Fe en 1999, en donde se afirmó que “la admisión jurisprudencial del daño punitivo ponía en riesgo garantías y derechos constitucionales (Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Los daños punitivos en la Argentina*, 1ra. ed., Errepar, Buenos Aires, 2009, ps. 43-46)” (15). La Corte continúa con un análisis doctrinario a profundidad sobre la imposibilidad de sanciones entendidas como de naturaleza penal, cerrando su análisis con el siguiente argumento: “En conclusión, el carácter sancionatorio del daño punitivo implica que se respeten los principios de la materia penal, partiendo de la sanción de una norma específica para la cuestión ambiental, inexistente en la actualidad, valladar que impide la aplicación analógica del art. 52 bis de la ley 24.240” (16).

VI. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Planteos realizados en la SCBA por la parte actora

A su vez la parte actora presentó un recurso ante la SCBA, atendiendo los siguientes agravios: la Cámara debió considerar en su fallo no solo la afectación al ambiente en sí mismo, sino los daños individuales que se resultaban de aquel (daño individual al ambiente y daño moral), entiendo que estos son de características homogéneas como la Corte de Nación ya lo ha entendido en el precedente “Halabi”, el cual se encuentra comprobado por la gravedad y extensión temporal del daño ambiental colectivo. Menciona precedentes que han reconocido el daño individual a la “calidad de vida” (CCiv. y Com. La Plata, sala II, autos: “Pinini de Pérez c. Copetro SA”; CFed. Civ. La Plata, sala III, autos: “Mazzeo, Alicia y otros c. YPF SA s/ daños y perjuicios”, entre otros). También la actora se agravia y peticiona un rescaramiento producto de la demora ocasionada por la conducta de la demandada (al día de la interposición del recurso ya han transcurrido alrededor de 14 años de proceso). Sostiene que es absurda la sentencia de Cámara por haber dispuesto la ausencia de contenido patrimonial (ya que en ella se han decretado daños punitivos de naturaleza pecuniaria). Finalmente se agravia en la designación

(12) *Ibid.*

(13) *Ibid.*, consid. IV.5.

(14) *Ibid.*, consid. IV.6.

(15) *Ibid.*

(16) *Ibid.*

de un perito como veedor de la ejecución de la sentencia, puesto que se necesita de un cuerpo técnico interdisciplinario con la experiencia suficiente para poder llevar adelante el control de dicha ejecución, por lo que expresamente: “peticiona que se designe a la Universidad Nacional de La Plata o al Laboratorio de Química Ambiental de la Facultad de Ciencias Naturales y Museo o al Centro de Investigaciones del Medio Ambiente de la Facultad de Ciencias Exactas para llevar a cabo ese cometido” (17).

El recurso planteado por la actora prospera parcialmente, con los siguientes alcances:

— *Inclusión del daño individual: moral y a la calidad de vida:* el agravio planteado por la actora no es bien recibido por la Corte. El voto del juez Genoud interpreta, al igual que fue tratado en primera y segunda instancia, que el resarcimiento por daños individuales en el marco peticionado, corresponde a un proceso diferente al aquí planteado. Sostiene que los daños consecuencias de la contaminación deben ser dirimidos en un proceso de responsabilidad civil, donde pueden ser tratados la reparación de derechos individuales. La SCBA, se remite a los resueltos en el precedente Mendoza de 2006 en donde fue escindida la causa por la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo, entiendo que el daño individual debía ser tratado por la justicia ordinaria. Entiende que lo Resuelto en el precedente Mazzeo ya mencionado, se contrapone a lo establecido por la CS en el precedente “Mendoza”. Asimismo, establece que, en el precedente de la CS, “Halabi, Ernesto c. PEN-ley 25.873 - dec. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, establece en los procesos sobre bienes de incidencia colectiva, la focalización debe estar en resolver este tipo de derechos, y la lesión que ella pueda ocasionar sobre intereses individuales debe ser ejercida por su titular de manera particular. Concluye el voto del juez Genoud con lo siguiente: “Del texto transcrito surge claramente que no existe un resarcimiento directo para las personas legitimadas al comprobarse la existencia de daño ambiental, sino que el daño individual derivado de aquel no escapa a la regulación del resarcimiento en la órbita de la responsabilidad civil, en la que deberá demostrarse la relación de causalidad y los daños efectivamente sufri-

(17) *Ibid.*, consid. III.

dos, que en este caso se ha decidido resolver en un momento procesal posterior en razón de la profusa prueba que debe producirse, lo que se consideró hubiera entorpecido la tramitación de la presente, generando mayores problemas al ambiente y a las personas” (18).

— *Indemnización basada en el retardo de la sentencia:* la SCBA desestima el presente agravio, ya que este se centra en una omisión, no siendo propio de tratamiento de un recurso inaplicabilidad de ley, sino de un recurso extraordinario de nulidad (arts. 296, Cód. Proc. Civ. y Com. y 168, Const. prov.).

— *Contenido patrimonial existente en el proceso:* la Corte hace lugar al reconocimiento del agravio manifestado por la actora en este caso. Para ello el juez cita al doctrinario José Esain y Gustavo Rinaldi que trata el tema de regulación de honorarios en juicios ambientales, en donde el doctrinario considera que este tipo de procesos de características estructurales, ponen al profesional letrado en un eje central, cuya intervención es más que necesaria para abordar el proceso. Asimismo, la SCBA se remite al voto de primera instancia en donde se tomó base regulatoria los montos que llevarían las obras de remediación y recomposición del ambiente, calculándose en los alcances del art. 21 de la ley 8904. Por lo tanto, la Cámara erró al desconsiderar un contenido patrimonial en el proceso.

— *Perito veedor insuficiente para llevar a cabo el control de la ejecución de la sentencia:* sobre este agravio la SCBA establece lo siguiente: “En cuanto a su agravio respecto de la encomienda al perito Amílcar Risiga para que efectúe el control del plan de remediación, este no ha de prosperar, porque en su embate contra la decisión de la Cámara solo confronta su particular opinión, lo que es insuficiente para lograr la revocación de esa parcela del pronunciamiento pues no ha demostrado, de esa manera, la configuración del absurdo en el razonamiento del sentenciante (conf. doctr. causas C. 116.898, 'Vila', sent. de 5-VI-2013; C. 119.789, 'Municipalidad de Junín', sent. de 12-VII-2017; e.o.)” (19).

(18) *Ibid.*, consid. III.1.

(19) *Ibid.*, consid. III.4.

Finalmente, la sentencia cierra con la imposición de costas en el siguiente orden: 30% a los actores y un 70% a la demandada.

VII. Opinión sobre el fallo

Como previamente ya mencionamos, este proceso transitó por los canales judiciales durante 20 años; en todo ese tiempo hubo una transformación jurídica en materia ambiental, cambios de paradigma y nuevas interpretaciones de la naturaleza de protección civil desde un ámbito individual, hasta un ámbito colectivo. Asimismo, no solo hubo una evolución jurisprudencial, en ese tiempo fueron dictadas las leyes de presupuestos mínimos y el nuevo Código Civil y Comercial. Con toda esta evolución legal, doctrinaria y jurisprudencial, de la cual la Corte de provincia ha intentado estar a la vanguardia, considero que este fallo no ha sido un ejemplo de ello. Puesto que más que profundizar sobre la defensa de los derechos individuales y colectivos, ha decidido cubrirse sobre "nuevos paradigmas" que ya no son tan nuevos.

VII.1. El humano como parte del ambiente

El inexorable posicionamiento de la sentencia de primera instancia en 2014, de la Cámara en 2015 y de la SCBA en 2021, sobre la no integración de los daños individuales obligando a los actores a entablar dicha pretensión a través de una acción diferente de responsabilidad civil, constituye una interpretación limitada del paradigma ambiental y la afectación *par ricochet*.

Primero y principal, recordemos que estos 20 años fue el tiempo que se demoró en adquirir firmeza la responsabilidad por daño ambiental de la demandada. Si partimos de una base que la afectación individual es producto del daño al ambiente, implicaría entender que hasta que no sea comprobado el daño al bien colectivo, no se podrá dar curso al proceso de daños individuales. Porque están indiscutiblemente conectados, el daño al ambiente y el daño particular producto del daño al ambiente. Entender que es necesario un proceso posterior para determinar dicha conexión causal es desconocer los principios preventivos y precautorios, los cuales son aplicables al ser humano integrante del ambiente.

Incorporar al humano como parte del ambiente no implica una postura antropocéntrica, porque no se pone al ser humano como centro en el eje ambiental, sino como parte de él. No hace mucho la CS (en 2017), con referencia al conflicto del río Atuel, ha puesto de resalto que la regulación jurídica del agua ha pasado de un modelo antropocéntrico, puramente dominial, a un modelo ecocéntrico sistémico. Siendo el ambiente un sistema, compuesto por microsistemas, como, por ejemplo, el agua (20).

Si la visión ecocéntrica sostiene que el ambiente es un sistema compuesto por microsistemas, los recursos naturales son parte de ellos, la flora y la fauna son parte de ellos, el paisaje es parte de ello, y el ser humano es un microsistema de igual manera que el resto de los recursos. La idea del daño de rebote sostiene que todo daño al ambiente puede causar daños individuales en las personas, para que esta premisa ocurra el humano debe ser considerado parte del ambiente. Porque, como dice el profesor Aníbal J. Falbo, "El hombre, la persona humana, en concreto el individuo humano, es ambiente. Es ambiente tanto como es parte del ambiente" (21).

Con ello no decimos que todos los daños individuales deban integrarse a la demanda que defiende intereses colectivos, sino que se limita a aquella directamente vinculadas con la afectación a dicho bien. Porque de no dañarse el ambiente, no se hubiera dañado la salud, no se hubiera dañado la propiedad, no se hubiera configurado daño moral y daño a la calidad de vida. El fallo "Mazzeo" ya citado es un caso ejemplar para entender cómo se configura esa situación, ya que de la prueba producida se corroboró que la afectación a la salud, el menoscabo a la propiedad y el daño a la calidad de vida, fue producida directamente por la contaminación de la empresa YPF (también interesante remarcar que la demanda originaria fue iniciada en el 93 y el fallo de la cámara fue en 2012).

(20) CS, "La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas", CSJ 243/2014 (50-L) ICS1 Originario (01/12/2017), Fallos 340:1695.

(21) FALBO, Aníbal J., "La transmutación ambiental de los derechos individuales", RDAMB. nro. 63, julio-sept. 2020, p. 49.

Los procesos ambientales, se extienden de manera indeterminable. Se debe remarcar la responsabilidad de los operadores judiciales, al no tomar un rol más inquisitivo en este tipo de procesos, es interesante que el juez de la primera instancia del caso “Décima”, reconoce y se atribuye responsabilidad en la extensión del proceso que fueron 13 años para el dictado de una sentencia. Pero no basta con las meras afirmaciones por parte de los magistrados, sino con una efectiva protección de los derechos de los particulares, que representan en el proceso a los bienes de incidencia colectiva, y de forma solidaria anteponen sus intereses individuales a la protección del ambiente. Esta responsabilidad que los seres humanos toman para defender el ambiente, más que recompensada debe ser retribuida, ya que, si no son reconocidos en el proceso, la sentencia ambiental es insuficiente e incumple su aplicación sistémica, porque deja fuera a una parte esencial de ese macro sistema, el micro sistema humano. Integrar la afectación individual producto del daño ambiental en los procesos ambientales implica entablar sentencias integradoras y abarcativas de todo el bien tutelado, como así también evitar el desconocimiento de los derechos de los defensores del ambiente en dicho proceso. Como dijo el gran activista y luchador ambiental Chico Méndez: *La Ecología sin lucha social es solo jardinería.*

VII.2. Aplicación analógica del daño punitivo en procesos ambientales a través del Código Civil y Comercial

La sentencia de SCBA rechaza la sanción punitiva interpuesta a la demandada en primera y segunda instancia. Recordemos que por el accionar de la empresa demandada la justicia ordinaria de primera instancia impuso una sanción pecuniaria de \$7.000.000, destinada a la asistencia municipal en materia de salud y ambiente. Dicho monto fue reducido a \$5.000.000 por la cámara de apelaciones. En este último caso se entendió plenamente que dicha sanción se asimilaba al daño punitivo propio del art. 52 bis de la ley 24.240, al imponerle el límite establecido en el art. 47, inc. b), de la mencionada ley. La demandada recurre dicho decisorio con base en lo establecido en la imposibilidad de aplicar analógicamente una norma de carácter sancionatorio de defensa al consumidor, en un proceso ambiental. La multa por daño punitivo

requiere de una ley específica que la haga aplicable a este tipo de procesos, ya que no hay pena sin una ley que así lo disponga (*nullum poena sine lege*).

No es compartida esta apreciación por parte de la SCBA. Tal y como fue manifestado por la primera instancia y confirmado por la segunda, el fin de la presente multa no era otro que la asistencia municipal en materia de salud y ambiente, por el daño ambiental que ya se había corroborado en el proceso por parte de la demandada. Surge con el fin de desalentar prácticas abusivas que generar deterioro ecológico, y si bien la aplicación de este tipo de multas es propia de la LDC, es innegable la relación de consumo que existe entre una empresa dedicada a la producción alimentaria y los ciudadanos reclamantes sobre las malas prácticas de dicha empresa. Recordemos que tanto los derechos de incidencia colectiva, como los de defensa al consumidor, pertenecen a la categoría constitucional reconocida como derechos de tercera generación, por su particular tratamiento. Las relaciones desiguales son equiparables desde el punto de vista ambiental y desde el punto de vista del consumo.

A fin de emprender un viaje progresivo en materia procesal de defensa de intereses colectivos, es necesario por un lado reforzar institutos procesales a fin de ordenar el proceso y no desnaturalizarlo, a fin de que la justicia ambiental llegue a tiempo. Pero por otro lado flexibilizarlo y permitir el avance de preceptos jurídicos que sean asimilables en estos procesos. La externalización de costos que realizó la empresa demandada fue mucho mayor a cualquier monto que imponga la Ley de Defensa al Consumidor. Por lo que una sanción de este tipo debe ser considerada como un comienzo, en la modificación de los patrones clásicos empresariales, para una construcción más humanista de la industria. La imposición de esta multa, internaliza algunos de los costos que estuvieron pagando los habitantes y el ambiente afectado durante más de 20 años.

Además de la internalización de los costos, debe considerarse errada la postura de la Corte sobre el principio de *nullum poena sine lege* aquí planteado. El Código Civil y Comercial sancionado en 2015, genera una postura más social

y ambiental de los derechos civiles. Ya desde su comienzo el Código reconoce dos derechos: los individuales y los de incidencia colectiva, estando los primeros limitados a no afectar a los segundos (art. 14, Cód. Civ. y Com.). El art. 240 detalla cómo se conjugan estos derechos de incidencia colectiva con el derecho administrativo y el derecho civil (22). Es decir, el derecho ambiental, pasó a formar expresamente parte del Código Civil y Comercial.

Por otro lado, los derechos de defensa al consumidor también fueron incorporados. Al regular los contratos de consumo en este Código. Toma como marco de referencia para las relaciones contractuales de consumo al trato digno en su art. 1097 (23), entiendo la dignidad según surge de los tratados de derechos humanos. Se puede admitir que la demandada generó relaciones contractuales de consumo indignas en el marco de una afectación ambiente, ya que los productos manufacturados fueron atravesados por un proceso de contaminación de la empresa durante su producción.

Todo el daño ambiental que la demandada realizó y sigue realizando constituye una situación jurídica abusiva (24) en el marco de la relación de consumo que tiene con los ciudadanos (art. 1120, Cód. Civ. y Com.).

(22) Art. 240, Cód. Civ. y Com.: "Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. 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".

(23) Art. 1097, Cód. Civ. y Com.: "Trato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias".

(24) Art. 1120, Cód. Civ. y Com.: "Situación jurídica abusiva. Se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos".

El art. 1094 del nuevo Código enmarca la relación de consumo de la siguiente manera: "Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable". En este sentido y varios años atrás, el Simposio de Oslo de 1994, definió al consumo sustentable de la siguiente manera: "El uso de servicios a las necesidades básicas para llevar una mejor calidad de vida y reducir al mínimo el uso de los recursos naturales y materiales tóxicos, así como las emisiones de residuos y contaminantes sobre el ciclo de vida del producto o servicio a fin de no poner en peligro las necesidades de las generaciones futuras". En este orden de ideas, la producción realizada por la empresa demandada fue y es insostenible, ya que el daño ambiental causado por su actividad industrial fue debidamente comprobado y pertenece al ciclo de vida del producto que generó contaminante que quizá no se encuentren en el producto en sí mismo, pero sí en el proceso productivo que se llevó a cabo. Si las normas de consumo, hoy en día mediante el nuevo Código, reconocen el instituto del consumo sustentable, el cual como proceso de interpretación vincula aspectos de la Ley de Defensa al Consumidor y la Ley General del Ambiente, se puede afirmar que sí existe una ley específica que avala la aplicación de la sanción punitiva en procesos ambientales, y es el art. 1094 del nuevo Código, el cual funciona como un puente conector entre los institutos de derecho de defensa al consumidor y derecho a un ambiente sano.

En la ley 24.240, la autoridad de aplicación de la presente, es embebida de ciertas funciones y atribuciones, la primera de ellas es: "Proponer el dictado de la reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor o usuario a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente e intervenir en su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes" (art. 43 inc. a), LDC). La aplicación de sanciones apuntadas a la protección ambiental, puede ser atribuida como facultad de la autoridad de aplicación a fin de reforzar las políticas de defensa al consumidor. También el art. 61 hace una expresa mención a la protección del medio ambiente y la utilización eficiente de materiales,

como una de las herramientas de la formación y educación de los consumidores (25).

Las similitudes entre la defensa al ambiente y al consumidor son innegables, es en este sentido que Pablo Lorenzetti las puso en resalto en una Ponencia en Jornadas de Derecho Civil al decir que “la protección de los consumidores y usuarios así como la tutela del ambiente constituyen verdaderas prerrogativas de tipo colectivo y con contenido específico y operativo; que pueden ser ejercitadas por cada uno de los legitimados activos frente a los entes administrativos y judiciales (...). Pensamos que el consumo y el ambiente, como pocas otras disciplinas, nos muestran el modo en que técnica y teóricamente debemos razonar en los tiempos que corren cuando de derechos fundamentales se trata... Las semejanzas entre el estatuto protectorio de los consumidores y del ambiente desde este punto de vista son notables y nos invitan a ensayar y aplicar razonamientos comunes. De allí surge nuestra propuesta consistente en poner en diálogo estas dos riquísimas fuentes de Derecho” (26). Según este razonamiento el Dr. Lorenzetti sostiene que la defensa el consumidor y la defensa al medioambiente pertenecen a una categoría de derechos de igual jerarquía ante los códigos de fondo, pero presuponen bases y principios diferentes, y que su aproximamiento deviene fácticamente: La ineludible tarea de relacionar estas dos ramas jurídicas surge, tal vez, del dato fáctico consistente en que el aumento cada vez mayor de los niveles de consumo a escala regional y mundial afecta negativamente —y cada vez más— el medioambiente (27).

(25) Art. 61, LDC: Formación del Consumidor. La formación del consumidor debe facilitar la comprensión y utilización de la información sobre temas inherentes al consumidor, orientarlo a prevenir los riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de los servicios. Para ayudarlo a evaluar alternativas y emplear los recursos en forma eficiente deberán incluir en su formación, entre otros, los siguientes contenidos... e) Protección del medio ambiente y utilización eficiente de materiales.

(26) LORENZETTI, Pablo, "Consumo y ambiente. Diálogo microsistémico", II Jornadas Preparatorias del Nordeste de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/2017/Consumo_y_Ambiente.pdf).

(27) *Ibid.*

Gonzalo Sozzo define el diálogo de fuentes como una teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias de derecho moderno que se basaba en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de especificidad o jerarquía (28). El principio de *nullum poena sine lege* no puede ser tomado de una forma absolutamente positivista, sin un análisis previo de la razonabilidad de la decisión que fundamenta la mención de dicho principio. Porque en este caso no existe un orden de prelación de normas, sino un diálogo microsistémico de leyes especiales. Sobre este diálogo, Sozzo señala: “A través del diálogo de fuentes el Código se transforma en ‘punto de paso obligado’, en la cuales las diferentes fuentes ‘dialogan’ para extraer de allí una regla del caso” (29). En el fallo “Décima” aquí estudiado, la Corte hizo un análisis en la cual tomó una regla (*nullum poena sine lege*), y la aplicó en el caso sin un diálogo previo entre los dos microsistemas mediante el Código Civil y Comercial.

VIII. Reflexiones finales: la problemática de los honorarios profesionales en los procesos de incidencia colectiva

Una cuestión particular que viene suscitando hace ya tiempo, son los honorarios del profesional letrado en este tipo de procesos. Si bien tanto el Estado, como el defensor del Pueblo son legitimados para accionar en procesos de incidencia colectiva, sus honorarios no dependen absolutamente del resultado de los procesos judiciales, ya que encuentran su sostén económico desde otro punto de vista como lo es el salario propio de su función pública. Sin embargo, el profesional liberal, el abogado privado, depende casi de manera absoluta en la regulación de honorarios fijada por el juez (digo casi, en el sentido en que es libre de pactar convenios de honorarios con sus clientes, pero en estos casos los afectados son siempre personas en una situación de hipervulnerabilidad). Los procesos ambientales son dinámicos, intensos en su ejercicio y extensos en su resolución. Convierden al profesional letrado, de un representante

(28) SOZZO, Gonzalo, "Derecho privado ambiental: el giro ecológico al derecho privado", Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 135.

(29) *Ibid.*, p. 137.

en la defensa de derechos a individuales, en un complejo articulador de estrategias pensadas a profundidad. Esto debido a que no existen procesos ambientales sencillos, de determinación de causa única y cuantificación del daño. Todo lo contrario, se trata de juicios con causas probables e indeterminación patrimonial.

Tomemos como ejemplo este proceso, en vistas de un abogado litigante. 20 años de constante trabajo (para algunos quizás más de la mitad de su vida profesional), sin tener una certeza de cuál será el beneficio económico que tendrá por su intervención, la cual fue no solo necesaria sino esencial. Sin tener una ley de honorarios que fije el valor de sus actuaciones en este tipo de procesos. En ese orden de ideas, considero que ese tipo de situaciones desalentarían hasta el más altruista de los litigantes. La CS ha dicho: "El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos" (30). En ese sentido, el carácter alimentario del honorario profesional y la dedicación de los abogados y abogadas a tomar este tipo de procesos, no debe tomarse a la ligera. De lo contrario lo único que se generará es la desmotivación del sujeto privado a tomar parte en la lucha por la justicia ambiental. Sería hipócrita decir que el solo hecho de defender al ambiente, ya es más que suficiente remuneración. Por todo el mundo existen activistas que defienden y luchan por el ambiente, los abogados y abogadas, podemos hacerlo a través de nuestra profesión, y por ello no debemos ser recompensados, porque los honorarios profesionales no son una recompensa, sino una deuda producto de nuestra actividad profesional.

El art. 49 de la nueva Ley de Honorarios Profesionales para Abogados y Abogadas de la Provincia de Buenos Aires establece: "En las acciones de inconstitucionalidad, procesos de

amparo, de habeas data o habeas corpus, si la cuestión tuviese contenido económico se aplicará la escala del art. 21, con un mínimo de cincuenta [50] Jus. Igual mínimo se aplicará en el caso de que la acción no tenga contenido económico" (31). El art. 21 de la ley establece como escala ente el 10% y 25% del contenido patrimonial del proceso. La cuantificación del daño ambiental, no solo constituye una herramienta de defensa de los derechos ambientales individuales, sino que es una fórmula que le permitirá al profesional letrado una verdadera retribución por la gran labor encomendada.

En 2012 fue deducida una acción de inconstitucionalidad originaria ante la SCBA, la cual tenía vinculación con temáticas de ordenamiento urbano-ambiental, el año pasado fue resuelta, habiendo transitado más de 8 años en la justicia, sobre ella se resolvió: "Por su actuación profesional en autos, reguláanse los honorarios de los letrados patrocinantes de la parte actora... en la suma de quince mil novecientos pesos para cada uno de ellos —\$15.900— (arts. 1, 9, 15, 16, 28 inc. 'a', 44 último párr. y 54, dec. ley 8904/77; causa I. 73.016, 'Morcillo', resol. de 8-XI-2017 y Acuerdo 3.972/20) con más el 10% (art. 16, ley 6716 —t.o. dec. 4.771/95 y sus modif.) y el porcentaje que corresponda según la condición tributaria de los mencionados profesionales frente al Impuesto al Valor Agregado" (32).

El precedente "Morcillo", citado por la SCBA, toma como ley arancelaria, la vigente al momento en que fueron realizados los trabajos por el profesional, por lo que en vez de tomar la base regulatoria para procesos de inconstitucionalidad según el art. 49 de la nueva Ley de Honorarios (50 IUS, el equivalente aproximado a \$131.500), se toma el de la vieja ley de honorarios (dec.-ley 8904/1977).

Con ello quiero decir que cualquier proceso ambiental en la provincia de Buenos Aires, que se encuentre en etapas avanzadas de resolución, es muy probable que sea anterior a la

(31) Art. 49, ley 14.967 de la provincia de Buenos Aires.

(32) SCBA, 27/08/2020, "Mitchell, Mary y otros c. Municipalidad de Junín s/ inconstitucionalidad, ord. 6187/12" (causa I. 72.267), cita online: TR LALEY AR/JUR/38088/2020.

(30) 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)", M. 1569. XI. Original, Fallos 326:2316.

nueva Ley de Honorarios, y, por ende, se verán seriamente desvalorizados. En este sentido el Fallo Décima aquí citado, fue iniciado en 2001, la necesidad de reconocimiento de un contenido patrimonial en el litigio, no es solo razonable, sino que constituye la única fórmula posible de un encuadre proporcional por la actuación del letrado patrocinante. Siendo sus honorarios por

defecto únicamente apelables en cámara, sin poder llegar hasta la Corte.

Para no desvalorizar la actuación del sector privado en los procesos ambientales, el poder judicial debe estar muy atento en no desvalorizar los honorarios profesionales en la actuación de dichos procesos.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

La reciente jurisprudencia ambiental climática

El caso “Shell”

Carlos M. Cuervo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Breve reseña de “Urgenda”.— III. Panorama internacional.— IV. El caso “Shell”.— V. Puntos destacados del fallo.— VI. Conclusión.— VII. Reflexiones finales.

I. Introducción

Dentro de lo novedoso, en el estricto sentido del derecho, el derecho ambiental no para de poner en cartelera información, reclamos y demandas que ponen en valor todo lo declamado durante décadas por los sectores sociales más comprometidos y que avaló previamente todo el sector científico, recordando a todos el verdadero concepto del desarrollo sostenible.

Un papel central recae en la Justicia. Asistimos a novedosos pronunciamientos en el ámbito ambiental internacional sobre esos tópicos. Centraremos estas líneas, mirando de reojo lo que sucede por estas tierras, con la certeza de que, más temprano que tarde, se reproducirán pronunciamientos equivalentes.

II. Breve reseña de “Urgenda”

En el pionero caso (2015), el Tribunal de La Haya ordenó al Estado holandés limitar las emisiones de GEI (gases efecto invernadero) a un 25% por debajo de los niveles de 1990 para 2020, encontrando que el compromiso existente del gobierno de reducir las emisiones es insuficiente para cumplir con la contribución justa del Estado al objetivo de las Naciones Unidas (ONU) de mantener los aumentos de temperatura global en dos grados Celsius de condiciones preindustriales. Este es centro del caso “Urgenda” (1).

(*) Abogado especializado en Derecho Ambiental.

(1) “Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment”.

El tribunal se refirió a los objetivos de reducción de emisiones de la UE y a los principios en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sostuvo que en el caso, se infringen principios de derecho internacional ambiental como lo son entre otros el principio de no causar daños ambientales (*no harm principle*), el principio de precaución y el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. El principio de no causar daños ambientales transfronterizos (*sic uteretur ut alienum non laedas*) consagra la obligación general de todo Estado de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas más allá de los límites de su jurisdicción nacional.

Esta sentencia, muy significativa, demuestra cómo un tribunal puede determinar las responsabilidades de un Estado individual, a pesar de que el cambio climático está causado por una multiplicidad de otros actores que comparten la responsabilidad de sus efectos nocivos, incluso dentro del propio Estado condenado. Deja claro que el hecho de que un Estado sea solo un contribuyente menor en comparación con muchos otros actores, no excluye su responsabilidad individual. La sentencia contiene importantes indicaciones en las que pueden basarse los demandantes y los tribunales en casos similares.

Fundación Urgenda, una entidad ambientalista, junto con 900 ciudadanos holandeses, demandó al gobierno holandés por considerar que no estaba llevando a cabo los esfuerzos suficientes para combatir el cambio climático.

II. Panorama internacional

En todo el mundo se ha iniciado una avalancha de demandas para establecer la responsabilidad legal, si es que fuera el caso, de los actores que contribuyen al cambio climático. El último informe del PNUMA —Informe sobre Litigios Climáticos Mundiales 2020 (2)— da fe de la multiplicación sin precedentes de este tipo de acciones legales. Se sobrepasan más de 1.200 demandas. Incluso en Francia; la sala de audiencias francesa se está convirtiendo en un nuevo escenario impensado, para la lucha contra el cambio climático; pero también en un foro de debate, en un diálogo contradictorio, con pruebas científicas y argumentos jurídicos. El tema del clima está siendo asumido por la sociedad civil, se traslada a los juzgados y tribunales nacionales y se convierte en una “causa ciudadana”, susceptible de interesar a jueces, abogados y asociaciones. El clima exige “justicia”, y los ciudadanos se movilizan en torno a esta demanda.

En agosto del 2020, el Tribunal Supremo de Irlanda dictaminó que el plan nacional de mitigación del cambio climático de su gobierno incumple la Ley de Acción Climática y de Desarrollo Bajo en Carbono del 2015. Ello obliga al gobierno irlandés a elaborar ahora un nuevo plan más ambicioso que cumpla con las obligaciones nacionales y el Acuerdo de París. El fallo deja muy claro que debe reducir emisiones mucho más rápidamente. El Tribunal Supremo (3) sostiene que el plan nacional del gobierno está “muy por debajo” de lo exigido en la ley y que no es lo suficientemente detallado como para garantizar que se cumplimentó (4). El caso fue llevado a la Corte Suprema por Friends of the Irish Environment (Amigos de la Tierra) después de

que el Tribunal Superior rechazara su caso en septiembre. Según el abogado que les representó el plan del gobierno de 2017 para hacer frente al cambio climático no tendría un impacto adecuado en la reducción de emisiones, y eso viola la ley porque no especifica cómo se alcanzarían los objetivos para el 2050. La decisión supone, exige, al gobierno una nueva iniciativa. Este fallo histórico es el segundo caso en el mundo (tras “Holanda-Urgenda”) en el que el más alto tribunal nacional de justicia ha exigido a un gobierno que revise su política climática nacional a la luz de sus obligaciones legales. El valor del precedente, habrá sido sopesado por todos los altos tribunales judiciales del mundo. Irlanda es el cuarto mayor emisor de CO₂ per cápita de la UE y el año 2020 no cumplió sus objetivos de reducir emisiones por un amplio margen.

Francia tiene en marcha otro trascendente caso llamado el “Juicio del Siglo” (5). En febrero pasado, el Tribunal Administrativo de París sentenció la existencia de una obligación climática para Francia y la responsabilidad del Estado consecuente. El Estado sería responsable del incumplimiento de las obligaciones relativas a los objetivos fijados en su primer presupuesto de carbono (2015-2018); también habría daños climáticos ecológicos. Esta decisión fue calificada de “histórica” por las cuatro ONG demandantes (6).

III. El caso “Shell”

En este brevísimo e incompleto paneo, hablamos del reciente caso “Shell”. La Corte de Distrito de La Haya, por sentencia de 26/05 dictada en un proceso civil, condenó a Royal Dutch Shell (RDS) a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero del Grupo Shell, en una demanda presentada por siete fundaciones y asociaciones, (Milieudefensie *et al.*), y más de 17.000 demandantes individuales. Se fundamentaba que la compañía matriz Royal Dutch Shell (RDS), como responsable de las políticas

(2) UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, “Global Climate Litigation Report: 2020”, *Status Review*, Nairobi, 2020, job No: DEL/2333/NADocumento accesible en el sitio web. Fecha de acceso 01/03/2021. <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

(3) IEHC 347 The High Court (record no. 2019/169r), “Friends of the Irish Environment Clg applicant and the Legal Aid Board respondent”, *justice* Hyland, 09/07/2020.

(4) *Climate Action and Low Carbon Development Act 2015* – “A Brief Overview2. Visto en www.mccannfitzgerald.com.

(5) Los datos de la sentencia de febrero de 2021 son visibles en: <http://paris.tribunal-administratif.fr/content/download/179360/1759761/version/1/file/1904967190496819049721904976.pdf>.

(6) Son: Oxfam Francia, Greenpeace Francia, la Fundación para la Naturaleza y la Humanidad y Nôtre affaire à tous.

del grupo Shell incumplía sus deberes legales al no adoptar medidas suficientes para reducir sus emisiones de CO₂ y, por tanto, ocasionaba un daño ambiental inminente con consecuencias y riesgos graves e irreversibles para los derechos humanos de los residentes holandeses y los habitantes de la región de Wadden. El Tribunal estimó que debe aplicarse la ley holandesa, en consonancia con el art. 7º del “Tratado Roma II”, que determina la ley aplicable a una obligación extracontractual derivada de daños ambientales o daños sufridos por personas o bienes como resultado de tales daños.

Y respecto del daño ambiental, el tribunal (7) considera que el cambio climático, ya sea peligroso o no, debido a las emisiones de CO₂, constituye un daño ambiental en el sentido del art. 7º Roma II, y que la política corporativa del Grupo Shell constituye el “acontecimiento que da lugar al daño”, en el sentido de esta disposición. Y en virtud del derecho holandés, la obligación de reducción de RDS se deriva del estándar de cuidado no escrito establecido en el libro 6, art. 162 del Código Civil holandés, lo que significa que actuar en conflicto con lo que generalmente se acepta de acuerdo con la ley no escrita es ilegal.

IV. Puntos destacados del fallo

Podemos hacer un breve *racconto* que diga que el Tribunal determina:

— Que las empresas del grupo Shell son responsables de la implementación y ejecución de la política y deben cumplir con la legislación aplicable y sus obligaciones contractuales; RDS determina la política general del grupo Shell.

— Que Shell es responsable de importantes emisiones de CO₂ en todo el mundo; Las emisiones totales de CO₂ de Shell exceden las emisiones de CO₂ de muchos Estados, incluidos los Países Bajos. Estas emisiones globales de CO₂ del grupo Shell contribuyen al calentamiento global y al cambio climático en los Países Bajos y la región de Wadden.

— Que el aumento de temperatura en los Países Bajos (aproximadamente 1,7º por encima de

la temperatura preindustrial) se ha desarrollado hasta ahora aproximadamente dos veces más rápido que el promedio mundial. Aunque existe incertidumbre sobre cómo se manifestará de forma precisa el cambio climático, no influye en la predicción de que el cambio climático afectará de modo grave e irreversible a los holandeses.

Si bien el tribunal considera que estos derechos se aplican en las relaciones entre Estados y ciudadanos (y no en relación con las empresas), el tribunal los tiene en cuenta para interpretar el estándar de atención no escrito y llega a la conclusión de que existe un consenso generalizado en relación con que las normas de derechos humanos se aplican a todo el espectro de las cuestiones ambientales, incluido el cambio climático. Así, RDS tiene la obligación de reducir las emisiones de acuerdo con un estándar de diligencia no escrito, en los términos de la sección 162 del libro 6 del Código Civil de los Países Bajos.

El Tribunal sostiene que la responsabilidad indiscutible de otras partes y la incertidumbre de si los Estados y la sociedad en su conjunto lograrán alcanzar los objetivos del Acuerdo de París no exime a RDS de su responsabilidad individual con respecto a las emisiones significativas sobre las que tiene control e influencia.

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, tal como se formula en los UNGP, es un estándar global de conducta esperado para todas las empresas comerciales dondequiera que operen, que existe independientemente de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir con sus propias obligaciones en materia de derechos humanos y no las disminuye. Y existe más allá del cumplimiento de las leyes y regulaciones nacionales que protegen los derechos humanos. Por lo tanto, no es suficiente que las empresas monitoreen los desarrollos y sigan las medidas que toman los estados; tienen una responsabilidad individual. Las empresas deben evitar causar o contribuir a impactos adversos sobre los derechos humanos a través de sus propias actividades, y abordar dichos impactos cuando ocurran; y tomar medidas, prevenir o mitigar los impactos adversos sobre los derechos humanos que están directamente vinculados a sus operaciones, productos o servicios por sus relaciones comerciales, tan-

(7) The Hague District Court Commerce Team, case C/09/571932 / HA ZA 19-379 (engelse versie).

to por acción u omisión, e incluyendo todas las relaciones con las entidades de su cadena de valor.

El Tribunal considera que el Acuerdo de París no es vinculante para RDS. Sin embargo, los objetivos del Acuerdo de París se derivan de los informes del IPCC. En consecuencia, representan los mejores hallazgos científicos disponibles respecto del clima y están respaldados por un amplio consenso internacional. Por ello, el tribunal considera que para prevenir un cambio climático peligroso, es necesario lograr los objetivos del Acuerdo de París, y tiene en cuenta sus objetivos para valorar la adecuación de la actuación de RDS.

De los informes del IPCC, el tribunal deduce que las vías que apuntan a una reducción neta del 45% de las emisiones de CO₂ en 2030, en relación con los niveles de 2010, ofrecen la mejor oportunidad posible en todo el mundo para prevenir las consecuencias más graves del peligroso cambio climático. No obstante, los demandantes no se ajustaron a esta senda de reducción en su petición, sino que tomaron como año base 2019, esto es, cuando se emitió la citación en este proceso. Esto beneficia a RDS, porque las emisiones de CO₂ del grupo Shell fueron más altas en 2019 que en 2010.

El acceso a energía no influye en la obligación de reducción de RDS, pues ese interés siempre debe ser atendido en el contexto de los objetivos climáticos.

El Sistema Europeo de Emisiones (ETS) y otros sistemas de comercio de emisiones RDS invoca el “efecto indemnizador” del ETS y otros sistemas similares de comercio de emisiones que se aplican en otras partes del mundo, a los efectos de excluir o moderar su responsabilidad. Sin embargo, los objetivos de reducción de emisiones más recientes del sistema ETS aún no son suficientes para lograr los objetivos acordados en el Acuerdo de París. Actualmente, el sistema prevé una reducción de emisiones del 43% para 2030 en relación con 2005. Además, el sistema ETS solo afecta a una parte de las emisiones de CO₂ de las que es responsable RDS. Y solo se aplica en la UE, mientras que Shell produce emisiones en otras partes del planeta.

La efectividad de la obligación de reducción RDS argumenta que la obligación de reducción no tendrá ningún efecto, o incluso será contraproducente, porque el lugar del grupo Shell lo ocuparán los competidores. El tribunal rechaza esta argumentación debido a los intereses imperiosos a los que se sirve la obligación de reducción.

RDS también argumentaba que se necesita una política gubernamental para lograr el cambio requerido en el mercado de la energía, y que la transición energética debe ser lograda por la sociedad en su conjunto, no solo por una parte privada.

Corresponde a RDS diseñar la obligación de reducción, teniendo en cuenta sus obligaciones actuales. La obligación de reducción es una obligación de resultado para las actividades del grupo Shell. Se trata de una importante obligación de máximo esfuerzo con respecto a las relaciones comerciales del grupo Shell, incluidos los usuarios finales, en cuyo contexto se puede esperar que RDS tome las medidas necesarias para eliminar o prevenir los graves riesgos derivados de las emisiones de CO₂ generadas por ellos, y utilizar su influencia para limitar las consecuencias duraderas tanto como sea posible.

RDS sostiene que imponerle una obligación de reducción conducirá a una competencia desleal y a una interrupción de la “igualdad de condiciones” en el mercado del petróleo y el gas. Sin embargo, el tribunal considera que RDS no ha podido demostrar la veracidad de este argumento y que parece ignorar que es necesario reducir la extracción mundial de petróleo y gas y facilitar la reducción de las emisiones de CO₂ que provocan un cambio climático peligroso, por lo que otras empresas también tendrán que contribuir. Aunque asume que la obligación de reducción tendrá consecuencias de gran alcance para RDS y el grupo Shell, sostiene que el interés atendido con la obligación de reducción supera a los intereses comerciales del grupo Shell.

El tribunal también valora las obligaciones de actuación de RDS, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y deduce que, en atención a las serias amenazas y riesgos para los derechos humanos de los residentes holandeses y habi-

tantes de la región de Weggen, y al efecto beneficioso que tiene una reducción de las emisiones para contrarrestar un cambio climático peligroso, se justifica una obligación de reducción con respecto a la formulación de políticas por parte de RDS para todo el grupo Shell.

RDS sostiene que el grupo Shell ya ha dado pasos concretos con respecto a su papel en la transición energética. Pero, en opinión del Tribunal, la política, las intenciones políticas y las ambiciones de RDS para el grupo Shell equivalen en gran medida a planes bastante intangibles, indefinidos y no vinculantes para el largo plazo (2050). Además, estos planes ('ambiciones' e 'intenciones') no son incondicionales sino que dependen del ritmo al que la sociedad global avanza hacia los objetivos climáticos del Acuerdo de París ('en sintonía con la sociedad y sus clientes'). Faltan por completo los objetivos de reducción de emisiones para 2030. De esto, el Tribunal deduce que RDS se reserva el derecho de permitir que el grupo Shell se someta a una transición energética menos rápida si la sociedad se mueve más lentamente.

Según el tribunal, la política del grupo Shell muestra principalmente que el grupo Shell monitorea los desarrollos en la sociedad y permite que los estados y otras partes desempeñen un papel pionero. Al hacerlo, RDS ignora su responsabilidad individual, que requiere que RDS efectúe activamente su obligación de reducción a través de la política corporativa del grupo Shell.

Además, considera que RDS no ha rebatido suficientemente el punto de vista de Milieudefensie *et al.* que las inversiones previstas de RDS en nuevas exploraciones no son compatibles con el objetivo de reducción que se debe cumplir.

V. Conclusión

El Tribunal estima una de las peticiones de Milieudefensie, Greenpeace Nederland, Fossielvrij NL, Waddenvereniging, Both Ends and Jongeren Milieu Actief (Milieudefensie *et al.*), y, en consecuencia, concluye que RDS está obligado a reducir las emisiones de CO₂ de las actividades del grupo Shell en un 45% neto a fines de 2030, en relación con 2019, a través de la políti-

ca corporativa del grupo Shell. Esta obligación de reducción se relaciona con toda la cartera de energía del grupo Shell y con el volumen agregado de todas las emisiones

1. La jurisdicción puede imponer el cumplimiento de esa obligación. No es una potestad reservada al legislador.

2. Sobre la base de todo ello, la sentencia de la Corte de La Haya ordena a RDS reducir las emisiones globales de gases de efecto invernadero del Grupo Shell a través del establecimiento de las correspondientes políticas. En concreto, las emisiones deberán reducirse en un 45% al final de 2030 respecto de las cifras de 2019.

3. RDS anunció de forma inmediata que recurriría la sentencia de la Corte de La Haya, que por lo tanto no es firme.

VI. Reflexiones finales

La sentencia de la Corte de La Haya ha adoptado un enfoque singular, si bien ya existían pronunciamientos judiciales previos en el ámbito de la "litigación climática", la sentencia es novedosa en cuanto que, por primera vez, un tribunal impone obligaciones directas de esta naturaleza a una empresa privada. Hasta ahora se exhortaba, se requerían a ciertos Estados modificar, cambiar la legislación ambiental para alcanzar objetivos de reducción de emisiones o se anulaban autorizaciones para actividades contrarias al cumplimiento de esos objetivos, pero no se dictaban obligaciones tan específicas para particulares. Como adelantamos, es posible que a estas alturas fallos similares vean la luz por nuestra república.

El citado tribunal no establece cómo Royal Dutch Shell debe lograr el recorte de emisiones, aduciendo que la petrolera "tiene total libertad para cumplir con su obligación de reducción y para dar forma a la política corporativa del grupo Shell". Lo cual da lugar a la incorporación del principio de progresividad o de no retorno en temas ambientales consagrado expresamente, en todo el derecho ambiental internacional, y

que goza en nuestro ordenamiento de una enorme recepción legislativa y jurisprudencial.

Shell argumenta (8) que el objetivo de 2050 está en línea con el acuerdo climático de París y que aspiraba a convertirse en “un negocio de energía con cero emisiones netas para 2050”. El tribunal determinó que, sin bien Shell no estaba incumpliendo actualmente su obligación de reducir las emisiones —como habían argumentado los grupos ambientalistas—, porque la empresa matriz estaba endureciendo su política de emisiones, la política de Shell “no es concreta, tiene muchas salvedades y se basa en monitorear los desarrollos sociales más que en la responsabilidad de la empresa de lograr una reducción de CO₂”.

La decisión es muy significativa. Es la primera condena en el ámbito de los litigios sobre el clima de las empresas. La “audacia” del juez holandés ya ha conseguido la primera condena de un Estado (caso Urgenda). Es cierto que cada vez hay más acciones contra las empresas en todo el mundo. Pero aunque algunas están en curso (en Francia, Alemania y Filipinas), no es menos cierto que, las sentencias definitivas en Estados Unidos contra las compañías petroleras nunca se han saldado con una condena. Los demandantes se han topado con grandes obstáculos: la falta de competencia del juez para pronunciarse en un ámbito que considera competencia del poder ejecutivo, la ausencia de interés en el caso y la imposibilidad de probar un nexo causal entre la conducta de las empresas y los daños de las víctimas. El juez holandés ignora o supera todas estas barreras.

Esta sentencia confirma el potencial ganador del deber de prudencia/vigilancia en los litigios climáticos y el papel fundamental de las pruebas presentadas al juez para determinar su alcance y examinar su inobservancia.

(8) Política ambiental de Shell, nivel global. Tomada como base para la sentencia. <https://www.shell.com/energy-and-innovation/the-energy-future/our-climate-target.html#iframe=L3dlYmFwcHMvY2xpWF0ZV9hbWJpdGlvbi8>.

La sentencia de la Corte de La Haya (9) no deja de ser un hito que debe ser valorado y considerado en sus decisiones por las compañías que desarrollen cualquier actividad económica con efectos ambientales, ya que se inserta en una tendencia internacional al incremento de la regulación y judicialización de esos efectos y cuya fuerza, agrade o no, es creciente. Nuestro país no está exento de estos nuevos controles legales ambientales que impone el nuevo mundo (10), donde la sociedad y el ciudadano se han erigido como garantes de ese cumplimiento.

Señalaba recientemente Néstor Cafferratta (11) (12): “El principio preventivo, se enuncia en la ley 25.675, de la siguiente manera: ‘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’. Destacamos de la regla legal, la directiva de tratar los problemas ambientales, desde su origen, causa o fuentes. El carácter prioritario del mismo. La visión totalizadora, global, integral, que impone. Y en definitiva el fin que persigue: pre-

(9) Sentencia https://uitspraken.rechtspraak.nl/inzien_document?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339.

(10) Una extensa y detallada relación de casos ambientales recientes, se puede también extraer de la lectura del informe 2021 “Climate Change Litigation Insights into the evolving global landscape” elaborado por Maryam Golnaraghi (The Geneva Association), Joana Setzer, (London School of Economics) y Nigel Brook, Wynne Lawrence y Lucia Williams (Clyde & Co.), accesible en www.genevaassociation.org.

(11) Para ampliar véase LORENZETTI, Ricardo – LORENZETTI, Pablo, “Derecho ambiental”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2018. Dicha obra, en su parte final, cuenta con un anexo sobre jurisprudencia ambiental comparada. Adicionalmente ampliar en el trabajo de SOZZO, Gonzalo, “Derecho privado ambiental. El giro ecológico del derecho privado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2019. Finalmente, por partida doble, CAFFERRATTA, Néstor – PERETTI, Enrique, “Nuevos desafíos de derecho ambiental. La solidaridad y la sustentabilidad como pilares del derecho ambiental”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2019 y en último y reciente capítulo de CAFFERRATTA, Néstor, “Litigios climáticos y principios de derecho ambiental”, en SORO MATEO, Blanca – JORDANO FRAGA, Jesús (dirs.) – ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago (coord.), “Viejos y nuevos principios del Derecho Ambiental”, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª ed.

(12) CAFFERRATTA, Néstor A., “El ascenso de los principios de derecho ambiental”, Cita online. TR LALEY AP/DOC/1149/2017, ps. 37-39.

venir efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir”, y completa señalando: “Desde la óptica de la especialidad, todo el instrumental jurídico ambiental está orientado para evitar la consumación del daño. Cuando se actúa después que ocurrió el hecho dañoso la solución tardía es inútil, porque el daño ambiental es expansivo, multiplicador, continuo o permanente, por ello es plausible toda decisión que se ubique *ex ante* (y no *ex post*), que opere sobre las causas y las fuentes de los problemas”.

Como bien se señala, se trata de caras múltiples pero todas de una misma realidad. “Es preciso establecer un esquema de articulación entre los derechos individuales en relación con los derechos colectivos de manera que sean sustentables. La evolución de la humanidad necesita poner en una dirección similar el desarrollo del sistema social económico y ambiental” (13).

(13) LORENZETTI, R. - LORENZETTI, P., ob. cit., p. 61.

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Los derechos humanos, la protección del ambiente, el cambio climático, la protección de los defensores ambientales en tiempo de COVID-19 y lucha contra la corrupción

Resolución del Parlamento Europeo, de 19/05/2021,
sobre los efectos del cambio climático en los
derechos humanos y el papel de los defensores
del medio ambiente al respecto [2020/2134 (INI)]

Carlos Aníbal Rodríguez (*)

Sumario: I. Normativa.— II. Derechos ambientales.— III. Fundamento de la resolución.— IV. Control de convencionalidad.— V. Colofón.

I. Normativa

Recientemente el Parlamento Europeo dictó una resolución sobre los derechos humanos, la protección del ambiente, el cambio climático y la protección de los defensores ambientales en tiempos de COVID-19 [2020/2134(INI)].

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

II. Derechos ambientales

Como conocemos, los derechos ambientales son derechos humanos fundamentales (1).

Como bien lo señalaba Demetrio Loperena Rota —ya lamentablemente fallecido, exdirector de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad del País Vasco (España)-MIDA, donde muchos argentinos nos formamos y algunos tenemos el honor de seguir en la cátedra de dicha maestría—, “En el plano doctrinal se aprecia claramente una tendencia a considerar la exis-

(1) Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17 del 15/11/2017, solicitada por la República de Colombia, “Medio ambiente y derechos humanos”.

tencia del derecho al medio ambiente adecuado como un derecho humano" (2).

En el plano local tuve la oportunidad de expresar al respecto en mi libro que no quedaban dudas de que los derechos ambientales son indiscutiblemente derechos humanos y como tales deben ser tratados de nuestro sistema jurídico, económico, social y cultural (3).

Los derechos humanos y el derecho ambiental poseen la característica común de ser universalmente reconocidos y fundados sobre fuentes jurídicas internacionales.

De ello resulta que las decisiones y las actividades que afectan el ambiente pueden afectar no solo a los derechos ambientales, sino también violar otros derechos humanos, entre ellos, los derechos a la vida, salud, alimentación, agua potable y saneamiento.

De igual modo, ciertas afectaciones a los derechos humanos se acompañan de destrucciones del ambiente.

Los efectos económicos, sociales y culturales de los perjuicios al ambiente sobre los derechos humanos afectan especialmente a las personas y a las comunidades vulnerables. Los pueblos indígenas y comunidades locales son las más fuertemente afectadas en razón de sus relaciones de dependencia estrecha con la naturaleza, de igual forma, las poblaciones migrantes, las mujeres y niños, las personas con discapacidad y demás personas en situaciones de vulnerabilidad, incluyendo las generaciones futuras.

Las múltiples degradaciones del ambiente resultado de contaminaciones de todo origen, del cambio climático y de pérdida de biodiversidad, imponen una mayor resiliencia de la humanidad (4).

(2) LOPERENA ROTA, Demetrio, "El derecho al ambiente sano", Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 43.

(3) RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal, "El derecho humano al ambiente sano. Los derechos ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 67.

(4) PEÑA CHACÓN, Mario, "Derechos Humanos y Medio Ambiente", San José, Costa Rica, 2021, p. 18.

El derecho del cambio climático es una parte del derecho ambiental de la atmósfera; constituye una subespecialidad jurídica que viene a atender los nuevos fenómenos y regulaciones, relacionados con una amplia gama de cuestiones interdependientes vinculadas al clima mundial, que no habían tenido oportunidad de ser atendidos anteriormente por el derecho como ahora se hace (5).

Hoy con beneplácito tomamos a consideración esta resolución del Parlamento Europeo sobre la visión desde el punto de vista de los derechos humanos, en todos estos temas de fundamental trascendencia.

Sin lugar a dudas este enfoque desde los derechos humanos de las cuestiones que hacen al derecho ambiental ratifica un marco jurídico internacional de la Unión Europea y de la humanidad toda. Enfoque que ya se ha dado en Latinoamérica y el Caribe, especialmente a través de los Fallos de la Corte Interamericana de los Derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), los fallos de los Tribunales Nacionales y últimamente del Acuerdo de Escazú.

III. Fundamento de la resolución

La resolución en cuestión parte en sus vistos de los numerosos tratados internacionales, resoluciones, convenciones, tratados, principios entre otros; partiendo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), que entró en vigor el 21/03/1994, el Protocolo de Kyoto, de 11/12/1997, y el Acuerdo de París, de 22/04/2016 y por supuesto la normativa europea.

IV. Control de convencionalidad

En los extensos considerandos, que como análisis es importante recordar en lo que hace al control de convencionalidad, por lo que mencionaremos solamente los principales:

"A. Considerando que todas las personas, comunidades locales o grupos de población tienen derecho al pleno disfrute de sus derechos huma-

(5) BELLORIO CLABOT, Dino, "Derecho del cambio climático", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 23.

nos, tal y como se consagra en la Declaración Universal de derechos humanos;

"B. Considerando que los efectos del cambio climático y la degradación continua del medio ambiente por cuanto respecta a los recursos de agua dulce, los ecosistemas y los medios de subsistencia de las comunidades están teniendo ya efectos negativos en el disfrute efectivo de los derechos humanos, entre otros el derecho a la vida, el derecho a una alimentación adecuada, el derecho al agua potable y al saneamiento, el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a la libre determinación, el derecho al trabajo y el derecho al desarrollo, tal como se indica en la resolución 41/21 del Consejo de derechos humanos de las Naciones Unidas; que, incluso si se alcanza el objetivo internacional de limitar el calentamiento global a un aumento de 2 °C por encima de los niveles preindustriales, estos efectos se intensificarán drásticamente en las próximas décadas; que los países hacen contribuciones distintas al cambio climático y tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas; que el cambio climático representa una amenaza inmediata y de gran alcance para la población mundial, principalmente para los pobres del mundo, que son particularmente vulnerables, tal como se indica en la resolución 7/23 del Consejo de derechos humanos de las Naciones Unidas;

"C. Considerando que las Naciones Unidas, junto con otras organizaciones y expertos internacionales, piden que se reconozca a escala mundial el derecho a un medio ambiente saludable y seguro como derecho universal;

"D. Considerando que la lucha contra el cambio climático plantea cuestiones de justicia y equidad, tanto a escala internacional y nacional como entre las generaciones; que el acceso a la justicia en asuntos de medio ambiente, el acceso a la información y la participación de la opinión pública en la toma de decisiones están consagrados en el principio de aplicación n.º 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el Convenio de Aarhus, de 25 de junio de 1998 y en el Acuerdo de Escazú, de 4 de marzo de 2018;

"E. Considerando que la degradación del medio ambiente, el cambio climático y el desarrollo no sostenible constituyen algunas de las amena-

zas más acuciantes y graves para la capacidad de las generaciones presentes y futuras de disfrutar de numerosos derechos humanos; que las partes en la CMNUCC tienen la obligación de adoptar medidas eficaces para mitigar el cambio climático, mejorar la capacidad de adaptación de las poblaciones vulnerables e impedir las pérdidas de vidas humanas previsibles;

"G. Considerando que la toma en consideración del cambio climático desde la perspectiva de los derechos humanos pone de relieve los principios de universalidad y no discriminación, haciendo hincapié en que los derechos estén garantizados para las personas de todo el mundo, incluidos los grupos vulnerables, sin distinción de ningún tipo, como la raza, el color, el género, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otro tipo, el origen nacional o social, el patrimonio, el nacimiento u otra condición;

"I. Considerando que está ampliamente reconocido que las obligaciones y responsabilidades de los Estados y del sector privado en materia de derechos humanos tienen implicaciones específicas por lo que respecta al cambio climático; que la falta de protección del medio ambiente y de quienes lo defienden es contraria a las obligaciones jurídicamente vinculantes de los Estados en materia de derechos humanos y podría constituir una violación de determinados derechos, como el derecho a un medio ambiente saludable o el derecho a la vida; que un creciente conjunto de actividades y operaciones empresariales en terceros países tiene graves repercusiones en los derechos humanos y el medio ambiente;

"J. Considerando que el Acuerdo de París es el primer tratado internacional que reconoce explícitamente el vínculo entre la acción por el clima y los derechos humanos, permitiendo así el uso de los instrumentos jurídicos existentes en materia de derechos humanos para instar a los Estados y a las empresas privadas a que reduzcan las emisiones; que el Acuerdo de París no prevé instrumentos concretos que permitan exigir responsabilidades a los agentes estatales y empresariales por su impacto en el cambio climático y el ejercicio de los derechos humanos;

"L. Considerando que el objetivo de la justicia climática es abordar la crisis climática utilizando la legislación sobre derechos humanos

para colmar el vacío en materia de rendición de cuentas en relación con la gobernanza climática entablando acciones legales en relación con el cambio climático para exigir responsabilidades a los Estados y agentes empresariales y velar por que sean responsables de sus acciones por cuanto respecta a preservar la naturaleza como fin en sí mismo para permitir una vida digna y sana a las generaciones actuales y futuras;

"N. Considerando que la intensificación de la competencia por los recursos naturales liderada por empresas privadas, en ocasiones con la complicidad del Gobierno, han puesto a los defensores del medio ambiente y a las comunidades indígenas que intentan proteger sus tierras tradicionales en la primera línea de la acción medioambiental y los ha convertido en objeto de persecuciones;

"O. Considerando que las consecuencias del cambio climático en los derechos humanos no solo afectarán a las personas más vulnerables, sino al conjunto de la población mundial; que las comunidades y países más vulnerables que generan menos contaminación y que menos destrucción ambiental provocan son las que más sufren las consecuencias directas del cambio climático; que las cifras de enfermedades y muertes prematuras resultantes de la contaminación medioambiental son ya tres veces superiores a las del sida, la tuberculosis y la malaria juntos, lo que supone una amenaza para el derecho a la vida, a un medio ambiente saludable y a un aire limpio; Considerando que el número de catástrofes naturales, como las inundaciones, las tormentas tropicales y los largos períodos de sequía, son cada vez más frecuentes y tienen consecuencias perjudiciales para la seguridad alimentaria en los países del Sur Global y para el disfrute de numerosos derechos humanos;

"P. Considerando que la justicia ambiental es un elemento de la justicia social, que los efectos del cambio climático son asimétricos y que sus efectos adversos son destructivos para las generaciones presentes y futuras, en particular en los países en desarrollo; que el cambio climático afecta intensamente a los países en desarrollo y agudiza las desigualdades sociales y económicas existentes, provocando que los grupos vulnerables sufran de forma desproporcionada sus efectos adversos;

"Q. Considerando que el cambio climático contribuye cada vez en mayor medida a los desplazamientos y a la migración, tanto en el seno de las naciones como a través de las fronteras internacionales; que el desplazamiento es una posibilidad inminente para algunas comunidades, como las que viven en zonas amenazadas por la desertificación, las situadas en el Ártico, que se derrite con rapidez, las zonas costeras de baja altitud y las islas pequeñas y otros ecosistemas y territorios delicados en peligro; que, desde 2008, una media de 24 millones de personas han sido desplazadas cada año a raíz de catástrofes meteorológicas devastadoras, en su mayor parte en tres de las regiones más vulnerables (el África subsahariana, el Asia meridional y la América Latina); que, según el PNUD, el 80% de las personas desplazadas por el cambio climático son mujeres; que el fenómeno creciente de los desplazamientos provocados por el clima puede constituir una amenaza directa para los derechos humanos, la cultura y el conocimiento tradicional para la población afectada y puede tener un impacto significativo en las comunidades locales de los países y territorios en los que se establecen;

"R. Considerando que las restricciones y los confinamientos relacionados con la COVID-19 han reducido la transparencia y el control de las violaciones de los derechos humanos y han intensificado las intimidaciones políticas y la vigilancia digital, limitando al mismo tiempo el acceso a la justicia y la capacidad de los defensores del medio ambiente, los interlocutores a escala local, las comunidades indígenas y otros de participar de manera efectiva en los procesos de toma de decisiones; que los confinamientos de las comunidades indígenas y las medidas sanitarias han limitado su capacidad de patrullar y proteger sus territorios; que estas restricciones deberían estar respaldadas por una legislación legítima y democrática; que la capacidad de la comunidad internacional para observar e investigar cualquier presunta violación se ha reducido considerablemente a raíz de la pandemia;

"T. Considerando que el cambio climático puede invertir el desarrollo humano reduciendo la productividad agrícola, aumentando la inseguridad alimentaria y del abastecimiento de agua, aumentando la exposición a catástrofes naturales extremas, colapsando los ecosistemas y aumentando los riesgos para la salud;

"V. Considerando que la crisis climática amplifica las desigualdades por razón de género, ya que los fenómenos meteorológicos extremos, las catástrofes naturales y la degradación medioambiental a largo plazo constituyen una amenaza para las viviendas, los medios de subsistencia y las redes e infraestructuras sociales comunitarias y tienen repercusiones desproporcionadas en las mujeres y las niñas, entre las que se incluyen el aumento de los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados de las mujeres, la prevalencia de la violencia de género y la marginalización de la educación, la participación y el liderazgo de las mujeres;

"W. Considerando que la violencia contra activistas medioambientales, en particular mujeres, y los defensores de los derechos medioambientales y sus abogados se ha convertido en una tendencia bien documentada, también sobre la base de una cobertura en los medios de comunicación de masas y en las redes sociales; que las activistas sufren formas de violencia e intimidación específicas sexistas, que son motivo de grave preocupación;

"AA. Considerando que, según el informe de 2020 de Global Witness, en 2019 fueron asesinados 212 activistas de la tierra y del medio ambiente, lo que supone un aumento del 30% en comparación con 2018; que alrededor del 40% de estas víctimas eran indígenas y propietarios tradicionales de las tierras y que más de dos tercios de los asesinatos tuvieron lugar en América Latina;

"AB. Considerando que los pueblos indígenas gozan de derechos específicos en lo que respecta a la protección del medio ambiente, las tierras y los recursos consagrados en el art. 7º del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989; que el art. 29 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 señala que 'los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos';

"AC. Considerando que el Acuerdo de Escazú es el primer 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; que dicho Acuerdo, que está abierto a la ratificación desde el 1 de septiembre de 2019, es el primer acuerdo que establece

el derecho a un medio ambiente sano (art. 4º); que el Acuerdo de Escazú, que reitera la importancia de la cooperación regional, puede servir de inspiración para otras regiones que se enfrentan a retos similares; que el Convenio de Aarhus establece una serie de derechos para las personas y las organizaciones de la sociedad civil en materia de medio ambiente, incluido el acceso a la información medioambiental, la participación del público en la toma de decisiones en el ámbito del medio ambiente y el acceso a la justicia; que las partes del Convenio deben establecer las disposiciones necesarias para velar por que los entes públicos (a escala nacional, regional o local) hagan una contribución para que estos derechos eficaces"

La parte resolutive se divide en las siguientes partes:

- Impacto del cambio climático en los derechos humanos;
- Respuesta a la COVID-19;
- Defensores de los derechos humanos en relación con el medio ambiente y el papel de las poblaciones indígenas;
- CMNUCC, justicia y rendición de cuentas.

Haremos una enumeración de la parte positiva de la resolución y comentaremos solamente algunas de ellas dada su extensión:

"1. En que el disfrute, la protección y la promoción de los derechos humanos basados en la dignidad humana y en un planeta sano y sostenible son interdependientes; pide a la Unión y a sus Estados miembros que actúen como un socio creíble y fiable a escala mundial adoptando, consolidando y aplicando legislación acorde con un enfoque global de la acción por el clima basado en los derechos humanos con el fin de orientar las políticas y las medidas de mitigación del cambio climático y de adaptación a este y garantizar que sean adecuadas, suficientemente ambiciosas, no discriminatorias y acordes con las obligaciones en materia de derechos humanos fundamentales; señala que los principios y normas derivados del Derecho internacional de los derechos humanos deben guiar toda política y programación relacionada con el cambio climático, en todas las

fases del proceso; pide a la Unión y a sus Estados miembros que anime a los terceros países y a las empresas y entidades locales de esos países que apliquen y adopten soluciones y medidas que contribuirán a la protección del medio ambiente y que aborden las consecuencias del cambio climático.”

Es la aplicación del principio “pensar global y actuar localmente”, en relación con el cambio climático de allí que pide a que se anime a terceros países (no pertenecientes la UE) y especialmente a las empresas y entidades locales que aplique soluciones en la protección del medio ambiente y las consecuencias del cambio climático.

Todo ello dentro de un enfoque global de la acción por el clima basado en los derechos humanos con el fin de orientar las políticas y las medidas de mitigación del cambio climático y de adaptación a este y garantizar que sean adecuadas, ya que se considera que la dignidad humana y en un planeta sano y sostenible es interdependiente.

De manera tal que toda acción por la protección del ambiente, en especial dentro del cambio climático que estamos viviendo debe hacerse desde la perspectiva de los derechos humanos.

“2. Pide a la Unión y a sus Estados miembros que refuercen el vínculo entre los derechos humanos y el medio ambiente a través de su acción exterior, y que presten asistencia y apoyo a los mecanismos internacionales, regionales y locales en materia de derechos humanos para hacer frente a los retos medioambientales, en particular el impacto del cambio climático en relación con el pleno disfrute de los derechos humanos; pide a la Comisión que garantice la integración de las cuestiones relacionadas con el cambio climático y los derechos humanos en todas las políticas pertinentes de la Unión y que vele por la coherencia de esas políticas; señala la importancia de apoyar actividades que sensibilicen sobre las repercusiones del cambio climático, la degradación del medio ambiente y la pérdida de biodiversidad en los derechos humanos; pide, por otra parte, a la Unión que apoye y refuerce la colaboración con terceros países para integrar un

enfoque basado en los derechos humanos en la legislación y las políticas medioambientales”.

Piden a los países miembros que refuercen el vínculo entre los derechos humanos y el medio ambiente y través de su acción exterior, que se preste asistencia y apoyos a los números mecanismos internacionales, regionales y locales en materia de derechos humanos para hacer frente a los retos medioambientales, en particular el cambio climático.

Se pide apoyo para integrar un enfoque basado en los derechos humanos en la legislación y las políticas medioambientales.

“3. Destaca el carácter indispensable de las oportunidades de desarrollo humano para todos; destaca los riesgos de violaciones de los derechos humanos en las cadenas internacionales de suministro de productos básicos para las energías renovables de tecnología ecológica y convencionales, como el trabajo infantil en las minas de cobalto del que se abastece la cadena mundial de baterías de iones de litio; pide a la Comisión que tenga en cuenta las implicaciones para los derechos humanos al evaluar las vías tecnológicas de la Unión en materia de energía y transporte”.

Luego de destacar el carácter indispensable de las oportunidades de desarrollo humanos para todos, resalta la importancia de fomentar las energías renovables y de evaluar las implicancias para los derechos humanos al evaluar las vías tecnológicas de la Unión en materia de energía y transporte, dando como ejemplo en trabajo infantil en las minas de cobalto.

Es decir que la producción de energías renovables no se haga en violación de los derechos humanos.

“4. Destaca que la escasez de agua, como una de las consecuencias del cambio climático, afecta a muchas personas de todo el mundo; pide a la Unión y a sus Estados miembros que aborden la escasez de agua como prioridad clave de su agenda legislativa y política; señala que la mala gestión de la tierra y de los recursos naturales propicia la aparición de nuevos conflictos y dificulta la resolución pacífica de los ya existentes; recuerda que la competencia en aumento como consecuencia de la disminución de los recursos

está en aumento y que resulta agravada en mayor medida por la degradación del medio ambiente, el crecimiento de la población y el cambio climático”.

Se destaca la escasez de agua potable como una de las consecuencias del cambio climático, la mala gestión de la tierra y los recursos naturales; todo lo cual propicia la aparición de nuevos conflictos y la relación que hay entre la degradación del medio ambiente, el crecimiento de la población y el cambio climático.

Hay que recordar en tal sentido que existe una prolífica cantidad de regulaciones internacionales, regionales y locales que han reconocido el derecho humano al agua potable y saneamiento. Naciones Unidas lo ha hecho a través de resoluciones de la Asamblea General, entre ellas: A/RES/64/292, “El derecho humano al agua y el saneamiento” del 03/08/2010; res. A/HRC/RES/15/9 del Consejo de Derechos Humanos; Resolución: “Los derechos humanos y el acceso al Agua potable y el Saneamiento”, del 30/09/2010, y res. 70/169 de la Asamblea General del 27/09/2018 al 26/09/2020, y que estará sujeto a la ratificación, la aceptación o la aprobación de (6) los Estados que lo hayan firmado.

Nuestra Corte Suprema de Justicia también ha ratificado dicho derecho en el fallo “Kersich, Juan F. c. Aguas Bonaerenses SA y otro s/ amparo”, CS 42/2013(49-K) Recurso de hecho, fallo del 02/12/2014.

“5. Recuerda la obligación jurídica de respetar el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, lo que constituye, entre otras cosas, una condición para las actividades económicas sostenibles que contribuyen al bienestar y a los medios de subsistencia de las personas y las comunidades; recuerda que el Derecho internacional en materia de derechos humanos ofrece vías de recurso para reparar los daños causados por el cambio climático a las personas, comunidades indígenas y defensores de los derechos humanos medioambientales, aplicar medidas para luchar contra el cambio climático y exigir responsabilidades a los Estados, a las empresas y a las personas por las actividades que repercuten en el cambio climático

y los derechos humanos; pide a la Unión, a este respecto, que haga de la lucha contra la impunidad una de sus prioridades fundamentales mediante la creación de instrumentos que permitan una aplicación plena, efectiva y sostenida de la legislación ambiental y en materia de derechos humanos y su cumplimiento”.

Recuerda la obligación jurídica de respetar el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, lo que constituye, entre otras cosas, una condición para las actividades económicas sostenibles que contribuyen al bienestar y a los medios de subsistencia de las personas y las comunidades; recuerda que el derecho internacional en materia de derechos humanos ofrece vías de recurso para reparar los daños causados por el cambio climático a las personas, comunidades indígenas y defensores de los derechos humanos medioambientales.

Dice de la necesidad de creación de instrumentos que permitan una aplicación plena, efectiva y sostenida la legislación ambiental y en materia de derechos humanos y su cumplimiento.

“6. Pide a la Comisión que garantice que los compromisos concretos en materia de derechos humanos, medio ambiente y cambio climático ya establecidos en el Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024 se apliquen y supervisen de manera eficaz y que en la aplicación del Plan se incluya una perspectiva de género”.

Se pide a la Comisión que garantice los compromisos concretos en materia de derechos humanos, medio ambiente y cambio climático ya establecidos en el Plan de Acción de UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024 se apliquen aquellos y supervisen de manera eficaz y que en la aplicación del plan se incluya una perspectiva de género.

“7. Apoya el mandato del relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y el medio ambiente consistente en impulsar el reconocimiento a escala mundial del derecho a vivir en un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible como un derecho humano; pide a la Unión y a los Estados miembros que apoyen en la próxima Asamblea General de las Naciones Unidas el reconocimiento mundial de

(6) PEÑA CHACÓN, Mario, ob. cit., ps. 40-41.

este derecho; considera que este reconocimiento debe servir de catalizador para reforzar las políticas medioambientales y mejorar la aplicación de la legislación y, la participación pública en la toma de decisiones en materia de medio ambiente y el acceso a la información y la justicia, así como para alcanzar mejores resultados para las personas y el planeta”

Apoya el mandato del relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y el medio ambiente consistente en impulsar el reconocimiento a escala mundial del derecho a vivir en un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible como un derecho humano; pide a la Unión y a los Estados miembros que apoyen en la próxima Asamblea General de las Naciones Unidas el reconocimiento mundial de este derecho; considera que este reconocimiento debe servir de catalizador para reforzar las políticas medioambientales y mejorar la aplicación de la legislación y, la participación pública en la toma de decisiones en materia de medio ambiente y el acceso a la información y la justicia, así como para alcanzar mejores resultados para las personas y el planeta.

El Consejo de Derechos Humanos creó el mandato de Experto Independiente sobre derechos humanos y medio ambiente en 2012, en virtud de la res. 19/2010. Los 16 principios marco establecen una serie de obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho de los derechos humanos en la medida en que se refieren al disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Cada principio marco va acompañado de un comentario para explicarlo y aclarar su significado (7).

“8. Insta a la Comisión a que siga supervisando la situación de los derechos humanos y del cambio climático con el fin de evaluar los avances en la toma en consideración y la integración de los derechos humanos en todos los aspectos de la acción por el clima a escala nacional e internacional, en estrecha cooperación con el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; pide a la Unión, a este respecto, que adopte medidas para introducir

el derecho a un medio ambiente sin riesgos y saludable en la Carta y que respete plenamente su art. 37; destaca, a este respecto, la importancia de una cooperación estrecha con los Estados miembros y todos los agentes institucionales implicados en garantizar la correcta aplicación de las disposiciones en materia de medio ambiente y derechos humanos”

Insta a la Comisión que siga supervisando la situación de los derechos humanos y del cambio climático y la integración de los derechos humanos en los todos los aspectos de la acción por el clima a escala nacional e internacional.

“9. Hace hincapié en que debe garantizarse a todas las personas, sin discriminación, el derecho fundamental a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible y a un clima estable y que este derecho debe garantizarse a través de políticas ambiciosas y debe hacerse valer plenamente a través del sistema judicial a todos los niveles”

Hace hincapié en que debe garantizarse a todas las personas, sin discriminación, el derecho fundamental a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible y a un clima estable y debe hacerse valer plenamente a través del sistema judicial a todos los niveles.

“10. Considera que la integración del derecho humano a un medio ambiente saludable en los principales acuerdos y procesos medioambientales es esencial para dar una respuesta de conjunto a la COVID-19, que incluya una reconceptualización de la relación entre las personas y la naturaleza, reduzca los riesgos y evite perjuicios futuros ocasionados por la degradación del medio ambiente”

Considera que la integración del derecho humano a un medio ambiente saludable en los principales acuerdos y procesos medioambientales es esencial para dar una respuesta de conjunto a la COVID-19.

“11. Anima a la Unión y a sus Estados miembros a que adopten una iniciativa audaz, con el apoyo activo del representante especial de la UE para los Derechos Humanos, para luchar contra la impunidad de los autores de delitos medioambientales a escala mundial y allanar el camino en el seno de la Corte Penal Internacional hacia nuevas negociaciones entre las partes con vistas

(7) <https://undocs.org/es/A/HRC/37/59>, consulta 14/06/2021.

a reconocer el 'ecocidio' como un delito internacional en el marco del Estatuto de Roma; pide a la Comisión y al vicepresidente de la Comisión / alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (VP/AR) que establezcan un programa para reforzar la capacidad de las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros en estos ámbitos".

Debemos hacer notar que el "ecocidio" no está determinado como delito (8), ni existe un tipo penal que deberá ser construido a escala internacional.

Pero es sumamente importante que el Parlamento Europeo propicio la creación de dicho delito y que este sea sometido a un tribunal internacional.

Mi opinión al respecto es que se debería crear un Tribunal Ambiental Internacional a semejanza de la Corte Internacional Penal.

"12. Pide a la Unión y a sus Estados miembros que evalúen periódicamente el modo en que la dimensión exterior del Pacto Verde Europeo puede contribuir del modo más adecuado a un enfoque holístico y basado en los derechos humanos de la acción por el clima y a detener la pérdida de biodiversidad; pide a la Unión que aproveche la amplia gama de políticas exteriores, herramientas e instrumentos políticos y financieros de que dispone para poner en práctica dicho Pacto; pide a la Unión que evalúe sus mecanismos de financiación de la lucha contra el cambio climático y proponga su modificación cuando sea necesario, a fin de garantizar el pleno respeto de los derechos humanos y establecer salvaguardias sólidas a tal efecto; solicita que se creen puntos de contacto en materia de clima en los servicios pertinentes de la Comisión y del Servicio Europeo de Acción Exterior, entre cuyas misiones figuraría la protección contra el cambio climático en el conjunto de la acción exterior de la Unión; pide que la comunicación en torno a estas cuestiones sea

(8) "El ecocidio es el conjunto de acciones realizadas con la intención de perturbar o destruir en todo o en parte un ecosistema humano...el concepto se extiende analíticamente para describir los modelos destructores contemporáneos de degradación medioambiental global y de extinción antropogénica en masa de las especies"; BRPSWIMMER, Franz J., "Ecocidio, Breve historia de la extinción en masa de las especies", Ed. Laetoli, Navarra - Pamplona, 2005, p. 186.

transparente e informativa en el marco de los programas de cooperación al desarrollo de la Unión con terceros países".

El Pacto Verde Europeo, Bruselas, 11/12/2019, COM (2019) 640 final.

Reanuda el compromiso de la Comisión de responder a los desafíos del clima y el medio ambiente, que constituye la tarea definitoria de esta generación. La atmósfera se está calentando, y el clima cambia de año en año. De los ocho millones de especies del planeta, un millón está en riesgo de extinción. Estamos contaminando y destruyendo los bosques y los océanos.

El Pacto Verde Europeo es una respuesta a estos desafíos. Se trata de una nueva estrategia de crecimiento destinada a transformar la UE en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050 y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos.

"13. Pide que la perspectiva de género se integre en las políticas y programas de desarrollo sostenible para garantizar que los derechos de las mujeres y las niñas, incluidas la salud y los derechos sexuales y reproductivos y los servicios sanitarios necesarios, la promoción de la igualdad de género y la justicia climática, se integren a través de programas estratégicos".

Pide la integración de la perspectiva de género en las políticas y programas de desarrollo sostenible

"14. Pide a la Comisión que incremente la asistencia financiera y técnica y las actividades de desarrollo de capacidades para apoyar a los terceros países a que integren los derechos humanos en sus acciones y programas nacionales sobre el clima y a que respeten las normativas internacionales sobre el medio ambiente, a fin de lograr que los objetivos relativos al cambio climático no interfieran en el ejercicio de los derechos humanos en esos países; toma nota del acuerdo interinstitucional alcanzado sobre el Instrumento de Vecindad, Desarrollo y Cooperación Internacional (IVDCI), en virtud del cual el 30% de la financiación apoyará objetivos climáticos y medioambientales; hace hincapié en

que todas las actividades de instituciones financieras europeas en terceros países, en particular del Banco Europeo de Inversiones y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, son coherentes con los compromisos para el clima contraídos por la Unión y siguen un enfoque basado en los derechos humanos; pide que se refuercen los correspondientes mecanismos de reclamación ahondando en ellos en el caso de aquellos particulares o grupos que consideren que sus derechos han sido vulnerados por tales actividades y que pueden tener derecho a compensación”

Promueve la asistencia financiera y técnica a terceros países.

Recordemos que el Acuerdo de París (diciembre de 2015), que tiene por objeto tiene por objeto reducir de forma sustancial las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero y limitar el aumento global de la temperatura en este siglo a 2° Celsius, al tiempo que busca medios de limitar la subida todavía más, a 1,5 grados.

Por otro lado dice el “Artículo 9º: 1. Las Partes que son países desarrollados deberán proporcionar recursos financieros a las Partes que son países en desarrollo para prestarles asistencia tanto en la mitigación como en la adaptación, y seguir cumpliendo así sus obligaciones en virtud de la Convención”.

“15. Apoya firmemente la integración de los derechos humanos en el Marco mundial para la diversidad biológica después de 2020, en consonancia con la reciente Comunicación de la Comisión titulada ‘Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030 — Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas’; considera que para integrar los derechos humanos en dicho Marco los nuevos objetivos deben abordar el reconocimiento y la aplicación, a escala nacional y mundial, del derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible”

Apoya firmemente la integración de los derechos humanos en el Marco mundial para la diversidad biológica después de 2020.

“16. Recalca la importancia de proteger el Ártico frente al cambio climático y la necesidad de una política de la Unión para el Ártico”

“17. Reconoce el impacto del nexo entre el cambio climático, la degradación del medio am-

biente y las catástrofes naturales como factor de la migración y el desplazamiento por motivos climáticos, y lamenta la falta de protección de los derechos humanos a escala internacional para las personas que sufren como consecuencia de ello; considera que es necesario abordar tales desplazamientos en el ámbito internacional; pide a la Comisión y a los Estados miembros que cooperen para la elaboración de un marco internacional que aborde los desplazamientos y la migración provocados por el clima tanto en los foros internacionales como en la acción exterior de la Unión; anima a la Comisión y a los Estados miembros a que colaboren en pro de un mayor apoyo a las medidas de resiliencia en regiones propensas a sufrir los efectos perjudiciales del cambio climático y a las personas desplazadas como consecuencia del cambio climático que ya no pueden vivir en sus lugares de residencia; subraya que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha dictaminado que los Estados han de tener en cuenta las consecuencias en materia de derechos humanos de la crisis climática en el país de origen a la hora de plantearse la expulsión de solicitantes de asilo; celebra la inclusión de la migración y los desplazamientos provocados por el clima en el Marco de Adaptación de Cancún”

Se hace resaltar la situación de los migrantes ambientales.

“18. Apoya un enfoque de la gobernanza de la migración basado en los derechos humanos en terceros países y que tenga en cuenta cualquier laguna en materia de protección de los derechos humanos en el marco de la migración; recuerda, en este contexto, los instrumentos existentes para vías legales y considera que dichos instrumentos deben seguir estableciéndose para las personas que necesitan protección; apoya la determinación y promoción de buenas prácticas relacionadas con las obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos que apoyen y refuercen la elaboración de políticas a escala de la Unión e internacional relacionadas con la protección del medio ambiente”

Aquí se habla de los migrantes en general y el resguardo de los derechos humanos.

“19. Insiste en que se respeten los derechos de todas las personas sin discriminación basada en su lugar de residencia o su condición social, en

especial de las más vulnerables a los efectos negativos del cambio climático; hace hincapié en la importancia de conseguir y facilitar la participación pública de estos colectivos vulnerables en las decisiones que afectan a sus medios de vida.”

Se insiste en el respeto de los derechos humanos sin discriminación.

“20. Recuerda que el cambio climático amplifica la desigualdad, la violencia y la discriminación que sufren las mujeres; pide a la Unión y a sus Estados miembros que diseñen y apliquen políticas con una perspectiva de género transversal en los ámbitos del comercio, la cooperación, el clima y la acción exterior, promoviendo la emancipación y la participación de las mujeres en el proceso de toma de decisiones y reconociendo las limitaciones específicas a las que se enfrentan las niñas y las mujeres.”

Se recuerda que el cambio climático amplifica la desigualdad que sufren las mujeres.

“21. Pide a la Comisión y a los Estados miembros que consoliden el papel y la capacidad de los organismos de derechos humanos regionales y otros mecanismos a la hora de dar respuesta al nexo entre el cambio climático y los derechos humanos fomentando los derechos medioambientales y amparando a los defensores de dichos derechos; pide a la Comisión, en particular, que ponga en marcha un programa de apoyo al Acuerdo de Escazú al objeto de, entre otras cosas, secundar a los Estados parte en la ratificación y aplicación del Acuerdo, ayudar a la sociedad civil a participar y colaborar en su aplicación, y brindar apoyo al fondo de contribuciones voluntarias creado en virtud del Acuerdo”

Pide a la Comisión que se ampare a los defensores de los Derechos Humanos y que se ponga en marcha un programa de apoyo al Acuerdo de Escazú.

— Respuesta a la COVID-19:

“22. Subraya que la pandemia mundial de COVID-19 ilustra perfectamente el impacto de la degradación medioambiental en relación con la creación de las condiciones para un aumento de las zoonosis con graves consecuencias sanitarias, sociales, económicas y políticas; pide a la Comisión y a los Estados miembros que se comprometan a incluir los derechos medioambientales y la

defensa de quienes los protegen en toda respuesta a la pandemia de COVID-19; anima a los Estados miembros y a otras partes interesadas a que tengan en cuenta el denominado ‘Global Monitor’ de la Comisión relativo a la repercusión de la COVID-19 sobre la democracia y los derechos humanos”

Subraya que la pandemia mundial de COVID-19 ilustra perfectamente el impacto de la degradación medioambiental en relación con la creación de las condiciones para un aumento de las zoonosis con graves consecuencias sanitarias, sociales, económicas y políticas.

“23. Expresa su profunda preocupación por que una recesión mundial causada por la pandemia de COVID-19 pueda reducir, retrasar o cambiar los compromisos de los Estados en materia de objetivos climáticos a escala internacional y las normas en materia de derechos humanos; pide a la Unión y a sus Estados miembros que velen por que las políticas previstas para la recuperación económica estén plenamente en consonancia con la promoción y la protección de los derechos humanos consagrados en el art. 21 del Tratado de Lisboa, así como con la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible”

Expresa su profunda preocupación por que una recesión mundial causada por la pandemia de COVID-19 pueda reducir, retrasar o cambiar los compromisos de los Estados en materia de objetivos climáticos a escala internacional y las normas en materia de derechos humanos.

“24. Insta al VP/AR, a la Comisión y a los Estados miembros a que aboguen por una respuesta eficaz a la crisis de la COVID-19 que tenga plenamente en cuenta la importancia de respetar, proteger y cumplir el derecho a un medio ambiente sin riegos, limpio, saludable y sostenible como elemento para prevenir futuras crisis medioambientales y sanitarias que puedan poner en peligro los derechos humanos fundamentales; pide a la Comisión y al SEAE que aumenten su ambición en materia de clima y medio ambiente a la luz de la crisis de la COVID-19 y que definan un enfoque estratégico ambicioso con respecto a la diplomacia climática.

“25. Expresa su preocupación por que las medidas de emergencia y confinamiento adoptadas en respuesta a la COVID-19 puedan haber sido

utilizadas indebidamente en distintas zonas del mundo por las autoridades políticas, las fuerzas de seguridad y los grupos armados paraestatales para limitar, intimidar y asesinar a defensores de los derechos humanos, incluidos defensores del medio ambiente y de la tierra; recuerda, a este respecto, cómo los defensores de los indígenas también han quedado desproporcionadamente vulnerables a la COVID-19 debido a la debilidad de las infraestructuras sanitarias en las zonas remotas y al abandono por parte de las autoridades gubernamentales”.

Expresa su preocupación por que las medidas de emergencia y confinamiento adoptadas en respuesta a la COVID-19 puedan haber sido utilizadas indebidamente en distintas zonas del mundo por las autoridades políticas, las fuerzas de seguridad y los grupos armados paraestatales para limitar, intimidar y asesinar a defensores de los derechos humanos, incluidos defensores del medio ambiente y de la tierra.

“26. Señala que la pandemia de COVID-19 amenaza la seguridad alimentaria y la nutrición de millones de personas en todo el mundo al haberse visto afectadas las cadenas mundiales de suministro de alimentos en un momento en el que tanto la seguridad alimentaria como los sistemas alimentarios ya están sometidos a tensiones como consecuencia del cambio climático y las catástrofes naturales; destaca que la crisis pandémica podría ser un momento decisivo que sirviera para reequilibrar y transformar los sistemas alimentarios al objeto de hacerlos más inclusivos, sostenibles y resilientes”.

Señala que la pandemia de COVID-19 amenaza la seguridad alimentaria y la nutrición de millones de personas en todo el mundo al haberse visto afectadas las cadenas mundiales de suministro de alimentos.

— *Defensores de los derechos humanos en relación con el medio ambiente y el papel de las poblaciones indígenas:*

“27. Recuerda la obligación de los Estados de proteger a los defensores del medio ambiente y a sus familias del acoso, la intimidación y la violencia, tal y como se recoge en la legislación en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas y de las comunidades locales, así como

de garantizar sus libertades fundamentales, y su deber de reconocer los derechos de celebrar la aportación de su experiencia y sus conocimientos en la lucha contra la pérdida de biodiversidad y la degradación medioambiental; subraya su papel específico y su experiencia técnica en la gestión y preservación de la tierra y pide una mayor cooperación con los pueblos indígenas y su inclusión, así como esfuerzos para reforzar su participación democrática en los procesos decisorios pertinentes, también aquellos relativos a la diplomacia climática internacional; acoge con satisfacción las iniciativas de la Comisión en apoyo a la participación de los pueblos indígenas a través de su respaldo específico a varios proyectos, como el Centro de Documentación, Investigación e Información de los Pueblos Indígenas (DOCIP); anima a la Comisión a que siga impulsando el diálogo y la colaboración entre los pueblos indígenas y la Unión, así como con los foros internacionales, en particular en lo relativo al cambio climático”.

Recuerda la obligación de los Estados de proteger a los defensores del medio ambiente y a sus familias del acoso, la intimidación y la violencia, tal y como se recoge en la legislación en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas y de las comunidades locales.

“28. Subraya que, si bien los ataques y las amenazas se producen en todo el mundo, la relatora especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de los derechos humanos señala que la situación es especialmente dramática en América Latina y Asia, donde algunos inversores internacionales, empresas y gobiernos locales desoyen las preocupaciones legítimas de las poblaciones; observa que, en muchos de los casos, los conflictos y las violaciones se producen en un contexto de desigualdad económica y exclusión social; denuncia la persecución judicial y la criminalización de activistas medioambientales en la región amazónica, donde están aumentando los ataques, los asesinatos y las persecuciones de estos activistas; denuncia el aumento del número de ataques y persecuciones contra activistas medioambientales en Honduras y el asesinato reciente de activistas medioambientales de Guapinol; observa que en los últimos tres años se han registrado 578 asesinatos de defensores del medio ambiente, la tierra y los derechos de los pueblos indígenas; destaca que Filipinas ocupa sistemá-

ticamente la primera posición en la lista de lugares en los que es más peligroso ser defensor de los derechos medioambientales; reitera su llamamiento a la Comisión, habida cuenta de la gravedad de las violaciones de los derechos humanos y de la falta de cualquier mejora importante o de muestras de intención de cooperar por parte de las autoridades filipinas, para que incoe el procedimiento que podría dar lugar a la suspensión temporal de las preferencias en el marco del Sistema de Preferencias Generalizadas Plus (SPG+)."

Recalca que la situación es especialmente dramática en América Latina y Asia, observa que en los últimos tres años se han registrado 578 asesinatos de defensores del medio ambiente.

"29. Recomienda que los Estados miembros de la Unión que aún no lo hayan hecho ratifiquen el Convenio n.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

"30. Pide a la Comisión que vele por que la Unión no apoye iniciativas y proyectos que pudieran dar lugar a la apropiación ilegal de tierras, la explotación forestal ilegal y la deforestación u otros efectos perjudiciales para el medio ambiente; condena cualquier intento de desregular la protección del medio ambiente y los derechos humanos en el contexto de la pandemia de COVID-19 y otras crisis.

"31. Condena enérgicamente el aumento del número de asesinatos, ataques difamatorios, actos de persecución, criminalización, encarcelamiento, acoso e intimidación contra los pueblos indígenas y los defensores de los derechos humanos en relación con el medio ambiente y contra los defensores de la tierra en todo el mundo y pide que los responsables rindan cuentas.

"32. Hace hincapié en que las defensoras de los derechos humanos en relación con el medio ambiente se enfrentan a más desafíos en sus trabajos, comunidades y hogares, dado que son objeto de violencia o amenazas por motivos de género o se ven expuestas a estas; señala que las defensoras corren mayor riesgo que sus homólogos de ser víctimas de determinadas formas de violencia y abusos, como los prejuicios, la exclusión y el repudio.

"33. Pide a la Unión y a sus Estados miembros que apoyen a todos los defensores de los derechos humanos, en especial los defensores de los derechos medioambientales y sus representantes legales, y que llamen la atención sobre sus casos cuando sea necesario; se muestra convencido de que se ha de aumentar el apoyo a los defensores de los derechos medioambientales y de que la Unión ha de condenar toda represalia o ataque por parte de agentes empresariales o estatales dirigidos contra ellos mediante declaraciones públicas y acciones en la zona cuando proceda; reitera su posición sobre la necesidad de que el SEAE, la Comisión y los Estados miembros inviertan en mecanismos y programas accesibles específicos, con perspectiva de género, de protección de los defensores de los derechos medioambientales, incluidos los defensores locales e indígenas, que refuercen dichos mecanismos y programas, y que incluyan a estos defensores en la investigación de violaciones.

"34. Manifiesta su honda preocupación ante el constante deterioro de la situación de los defensores del medio ambiente, los denunciantes, los periodistas y los juristas especializados en medio ambiente en todo el mundo; pide a la Unión y a sus Estados miembros que protejan la libertad de expresión y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, así como el derecho de reunión, y que garanticen la seguridad y la protección de los periodistas y los denunciantes, tanto en la UE como a través de sus relaciones exteriores; expresa su profunda inquietud ante los abusos, los delitos y los atentados mortales que se siguen cometiendo contra periodistas y trabajadores de los medios de comunicación por sus actividades; recuerda que la denuncia es una forma de libertad de expresión e información y desempeña un papel crucial a la hora de poner al descubierto y evitar las infracciones del Derecho de la Unión, así como para fortalecer la responsabilidad democrática y la transparencia; pide a la Comisión, en este sentido, que supervise la transposición y garantice la plena aplicación por los Estados miembros de la Directiva (UE) 2019/1937 [9]; considera que la libertad de información es un instrumento importante para que las personas que puedan resultar afectadas por las consecuencias del cambio climático estén adecuadamente informadas de los efectos perjudiciales del cambio climático y las medidas de

adaptación; solicita que se respete la libertad de información.

"35. Reconoce que las acciones emprendidas por los defensores del medio ambiente son esenciales, ya que buscan, conciben y difunden soluciones y mecanismos viables para la prevención, la resiliencia y la adaptación al cambio climático para las personas que viven en los territorios afectados.

"36. Pide a la Comisión que preste especial atención a las necesidades diferenciadas de protección de las defensoras de los derechos humanos, reconociendo su papel como poderosos agentes del cambio, en particular respecto de la acción por el clima; destaca, en este sentido, la necesidad de apoyar el refuerzo de las capacidades y el papel de las mujeres como educadoras y promotoras del cambio, y de garantizar una financiación adecuada de estas organizaciones; recuerda la frecuencia con la que las líderes de comunidades y activistas medioambientales son víctimas de represión e incluso asesinato, como en el caso de las valientes activistas nominadas al Premio Sájarov a la Libertad de Conciencia del Parlamento Europeo, en especial Marielle Franco, de Brasil, asesinada en 2018, y Berta Cáceres, de Honduras, asesinada en 2016.

"37. Pide a la Unión y a los Estados miembros que soliciten y garanticen que se respete el derecho a un consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, sin coacción, en todo acuerdo o proyecto de desarrollo que pudiera afectar a las tierras, los territorios o los bienes naturales de los pueblos indígenas; subraya que el fomento de los derechos de los pueblos indígenas y de sus costumbres tradicionales son importantes para lograr un desarrollo sostenible, luchar contra el cambio climático y conservar y restablecer la biodiversidad, al tiempo que se garantizan las salvaguardias adecuadas.

"38. Pide a la Comisión y al Consejo que utilicen todos los instrumentos a su alcance, junto con las disposiciones relativas a la aplicación y el respeto de los derechos humanos en el marco de la política exterior y los acuerdos de asociación de la UE, al objeto de brindar apoyo y proteger eficazmente a los defensores de los derechos humanos y medioambientales en los países vecinos de la Unión, así como en lo que respecta a los paí-

ses candidatos a la adhesión a la UE para una auténtica convergencia con los valores y normas europeos".

"39. Pide que se apruebe un anexo a las Directrices de la UE sobre Defensores de los Derechos Humanos dedicado a los retos y necesidades específicos de los defensores del medio ambiente y la política de la Unión en este sentido; hace hincapié en la importancia que reviste garantizar la continuación del proyecto ProtectDefenders.eu con una mayor financiación, así como de otros instrumentos vigentes de la Unión para brindar apoyo a los defensores de los derechos humanos.

"40. Pide que se adopte una lista de la Unión con los países prioritarios en los que el SEAE, la Comisión y los Estados miembros reforzarían sus actividades en apoyo de los defensores de los derechos medioambientales y colaborarían con las autoridades locales para introducir o mejorar mecanismos de protección y leyes concretas que definan a los defensores del medio ambiente, reconozcan su labor y garanticen su protección; insiste en que esta lista de prioridades ha de elaborarla el SEAE en estrecha concertación con las partes interesadas y con el Parlamento, y que se ha de actualizar anualmente; pide asimismo al VP/AR que presente un informe público anual relativo tanto a las acciones llevadas a cabo en estos países prioritarios como a la protección de los defensores del medio ambiente en todo el mundo.

"41. Insta a las Naciones Unidas a que asuman un papel de mayor importancia en lo que respecta a la protección de los ecosistemas mundiales y de los defensores del medio ambiente, en particular en aquellos casos en los que el cambio climático afecte gravemente a las comunidades indígenas y locales; pide, por tanto, a la Unión que impulse una iniciativa dentro de las Naciones Unidas en el sentido de que los observadores internacionales hagan un seguimiento de los importantes daños infligidos al medio ambiente, las crisis medioambientales graves o las situaciones en las que los defensores de los derechos medioambientales se hallen en mayor peligro, además de colaborar con las autoridades ayudándolas a establecer unas condiciones que protejan a dichos defensores.

"42. Pide a la Comisión y a los Estados miembros que promuevan, a través del diálogo político, la adopción de planes de acción nacionales que garanticen un entorno seguro y libre para los defensores del medio ambiente mediante la integración de una perspectiva más amplia de protección colectiva que incluya medidas de carácter político para legitimar a las comunidades y grupos implicados en la protección del medio ambiente; pide a la Comisión que aborde explícitamente los derechos humanos de los pueblos indígenas y de las comunidades locales en el marco de acuerdos de asociación voluntaria en materia de aplicación de las leyes, gobernanza y comercio forestales.

"43. Recuerda que, de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos, los Estados deben proteger a los defensores de la biodiversidad en tanto que defensores de los derechos humanos; expresa su satisfacción por la elaboración de tratados internacionales como el Acuerdo de Escazú, instrumento clave para América Latina y el Caribe, que es la región en la que se registra el número más elevado de asesinatos de defensores de los derechos humanos en relación con el medio ambiente".

— CMNUCC, justicia y rendición de cuentas:

"44. Lamenta que, incluso en caso de que todos los Estados las aplicaran plenamente, las contribuciones determinadas a nivel nacional actuales generarían un aumento catastrófico de la temperatura mundial de 3 °C por encima de los niveles preindustriales, con lo que se incumpliría el Acuerdo de París; advierte de que un panorama de estas características tendría repercusiones climáticas y medioambientales extremas y efectos adversos generalizados en los derechos humanos.

"45. Acoge con satisfacción la inclusión de los derechos humanos en el preámbulo del Acuerdo de París y pide que se adopten medidas eficaces para respetar y promover las obligaciones en materia de derechos humanos al aplicar el Acuerdo y emprender acciones por el clima; lamenta, no obstante, que no existan disposiciones concretas para que los agentes estatales y empresariales rindan cuentas de las violaciones de los

derechos humanos relacionadas con el cambio climático (9).

"46. Insta a las partes en la CMNUCC a que sigan aumentando su ambición en materia de mitigación y adaptación en consonancia con los objetivos del Acuerdo de París e integren la dimensión de los derechos humanos en sus contribuciones determinadas a nivel nacional y en su comunicación sobre la adaptación; pide a la Secretaría de la CMNUCC que elabore directrices sobre cómo integrar la protección de los derechos humanos en las contribuciones determinadas a nivel nacional y la comunicación sobre la adaptación en colaboración con la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; insta a las partes a que revisen las contribuciones previstas determinadas a nivel nacional y las contribuciones determinadas a nivel nacional, contando para ello con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas.

"47. Subraya la necesidad de reforzar las sinergias entre las obligaciones de presentar informes en materia tanto de clima como de derechos humanos; considera que en las directrices para el marco de transparencia del Acuerdo de París (art. 13) (10) se debe pedir a las partes que faciliten información no solo en cuanto a las emisiones de gases de efecto invernadero, sino también en lo que respecta a si las políticas climáticas se aplican en consonancia con otros objetivos so-

(9) El Acuerdo de París en sus considerandos dice: "Reconociendo que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional".

(10) El Acuerdo de París dice: "Art. 13. Las Partes deberán rendir cuentas de sus contribuciones determinadas a nivel nacional. Al rendir cuentas de las emisiones y la absorción antropógenas correspondientes a sus contribuciones determinadas a nivel nacional, las Partes deberán promover la integridad ambiental, la transparencia, la exactitud, la exhaustividad, la comparabilidad y la coherencia y velar por que se evite el doble cómputo, de conformidad con las orientaciones que apruebe la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Acuerdo".

ciales y marcos jurídicos vigentes y en consecuencia contienen información en materia de buenas prácticas, incluidos enfoques basados en los derechos en torno a las medidas de mitigación y adaptación, así como asistencia.

"48. Insta a las instituciones de la Unión a que colaboren activamente en la promoción de un enfoque basado en los derechos humanos en las negociaciones internacionales sobre el clima que se están desarrollando en la actualidad, en particular en el marco del mecanismo de desarrollo sostenible y de otras directrices en relación con el mecanismo contemplado en el art. 6º, apartado 4, del Acuerdo de París, que garanticen una participación significativa e informada de los titulares de derechos, unas salvaguardias medioambientales y sociales adecuadas y mecanismos de recurso independientes; hace hincapié en que el mecanismo de desarrollo sostenible debe tener como objetivo la financiación de proyectos que vayan en beneficio de los más vulnerables frente a las repercusiones del cambio climático, así como que todos los proyectos financiados en el marco de dicho Mecanismo han de ser objeto de una evaluación de impacto en los derechos humanos, siendo posible registrar únicamente aquellos proyectos con repercusiones positivas.

"49. Pide a la Comisión que elabore criterios de elegibilidad para las subvenciones de la Unión que permitan a las ONG medioambientales, que de otro modo no podrían optar a financiación debido a su tamaño, gozar de un acceso más inclusivo a los fondos.

"50. Subraya que, para garantizar la rendición de cuentas de todas las partes, los nuevos mecanismos, como el Mecanismo de Desarrollo Sostenible, deben integrar políticas institucionales de salvaguardia y mecanismos de reclamación para garantizar la protección efectiva de los derechos.

"51. Pide a la Secretaría de la CMNUCC que desarrolle, junto con las partes en la Convención, un marco jurídico común en materia de justicia climática.

Entiendo que además de los tribunales nacionales se está refiriendo a los internacionales.

"52. Subraya que el balance mundial a que se refiere el art. 14 del Acuerdo de París (11) debe utilizarse para revisar los avances en materia de integración de los derechos humanos y de otros principios en la acción relacionada con el clima; señala que en dicho balance se debería ofrecer a la sociedad civil y a las organizaciones intergubernamentales la posibilidad de aportar su parecer; considera que la aplicación del Acuerdo de París debe ayudar a detectar buenas prácticas y obstáculos a su aplicación, y brindar información para la fijación en el futuro de las contribuciones determinadas a nivel nacional y la cooperación internacional.

"53. Destaca que en toda acción por el clima eficaz basada en los derechos se ha de lograr una participación libre, activa, significativa e informada; recomienda que los planes de mitigación y adaptación se pongan a disposición del público, se financien de forma transparente y se elaboren junto con los grupos afectados o que puedan verse afectados, en particular los más vulnerables.

"54. Insiste en que los países en desarrollo no pueden hacer frente por sí solos a los efectos del cambio climático y que a menudo dependen de la ayuda internacional en lo relativo a su capacidad de gestión de crisis, de adaptación y de anticipación a los efectos del cambio climático.

"55. Subraya su opinión de que las leyes y las instituciones relacionadas con los derechos humanos a las que se recurre habitualmente para colmar la brecha en materia de rendición de cuentas en relación con la gobernanza no pueden sustituir en modo alguno unas medidas eficaces de prevención y reparación de los daños provocados por el cambio climático; considera que las instituciones nacionales de derechos humanos y la sociedad civil pueden desempeñar un papel real en el marco de los mecanismos nacionales de rendición de cuentas y supervisión diseñados para garantizar el acceso a vías de recurso

(11) El Acuerdo de París dice: "Art. 14. En el contexto de sus contribuciones determinadas a nivel nacional, al consignar y aplicar medidas de mitigación respecto de las emisiones y absorciones antropógenas, las Partes deberían tener en cuenta, cuando sea el caso, los métodos y orientaciones que existan en el marco de la Convención, a la luz de lo dispuesto en el párrafo 13 del presente artículo".

a quienes son objeto de violaciones de los derechos humanos como consecuencia del cambio climático.

"56. Considera que la Unión debe desempeñar un papel de liderazgo activo, decidido y ambicioso en los preparativos de la 26.^a Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP26) (12) situando la inclusión de los principios en materia de derechos humanos en el centro de la elaboración de las políticas internacionales relacionadas con el cambio climático para evitar daños irreversibles al desarrollo humano y a las generaciones presentes y futuras.

"57. Reconoce el papel activo y la participación de la sociedad civil, incluidos las organizaciones no gubernamentales y los defensores del medio ambiente en la defensa de enfoques basados en los derechos humanos de la acción por el clima y pide que la Unión apoye estas actividades; destaca la necesidad de garantizar la participación de la sociedad civil en el marco de transparencia establecido en el art. 13 del Acuerdo de París.

"58. Toma nota de la propuesta de Reglamento de la Comisión por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1367/2006 (el denominado Reglamento de Aarhus), que debería mejorar la aplicación del Convenio de Aarhus a escala de la Unión; anima, asimismo, a los Estados miembros a garantizar una transposición adecuada de los actos legislativos pertinentes de la Unión [por ejemplo, la Directiva 2011/92/UE [11]] y de las disposiciones internacionales jurídicamente vinculantes (Convenio de Aarhus) a sus ordenamientos jurídicos, a fin de garantizar un acceso inclusivo a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

"59. Subraya que las acciones de los defensores del medio ambiente se corresponden completamente con los Objetivos de Desarrollo Sostenible y que debe perseguirse la aplicación sistemática de estos objetivos a escala local, nacional e internacional.

(12) Se celebrará la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP26) el próximo noviembre de 2021 en Glasgow.

"60. Recuerda que los Estados miembros están obligados a regular las empresas para garantizar que no provoquen violaciones de los derechos humanos y que los agentes privados y empresariales están obligados a abordar las implicaciones del cambio climático en los derechos humanos, en consonancia con los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos.

"61. Anima a la Comisión y a los Estados miembros a que participen activamente en la concepción, la implantación y el fomento de salvaguardias y procesos de rendición de cuentas en los organismos reconocidos internacionalmente para garantizar que los cambios estructurales aplicados a fin de lograr el objetivo de reducción drástica de emisiones a más tardar en 2030, tal como se prevé en las políticas climáticas, se elaboren, apliquen y supervisen de modo que estén protegidos los derechos de las personas y comunidades afectadas, incluido el derecho a trabajar y fomentar condiciones de trabajo justas y equitativas; subraya que la transición ecológica debe ser justa y no debe dejar a nadie atrás.

"62. Hace hincapié en la importancia que reviste la diligencia debida y la rendición de cuentas sostenible de las empresas en cuanto aspecto significativo e instrumento indispensable para prevenir las violaciones graves de los derechos humanos y medioambientales y lograr la protección frente a estas; pide a la Unión que apoye una gobernanza empresarial sostenible y responsable como elemento importante del Pacto Verde Europeo; pide a los Estados miembros que apliquen medidas legislativas eficaces para detectar las violaciones, potenciales o reales, de los derechos humanos, examinarlas, prevenirlas, ponerles fin, paliarlas, vigilarlas, comunicar sobre ellas y responder de ellas, atajarlas y remediarlas, y exigir responsabilidades a las empresas para garantizar que cumplan sus obligaciones de diligencia debida en relación con el impacto del cambio climático en los derechos humanos, en consonancia con los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos.

"63. Acoge con satisfacción el compromiso de la Comisión de elaborar una propuesta legislativa sobre la diligencia debida obligatoria de las empresas en materia de derechos humanos y medio ambiente a lo largo de sus cadenas de sumi-

nistro; recomienda que mediante esta propuesta legislativa se respalde y facilite la aparición de métodos comunes de medición del impacto tanto ambiental como del cambio climático; destaca la importancia de una consulta y una comunicación eficaces, significativas e informadas con todas las partes interesadas afectadas o que puedan verse afectadas, entre ellas, los defensores del medio ambiente; insta a la Unión a que apoye y participe eficazmente en las negociaciones en curso relativas a un tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos para regular las actividades de las empresas transnacionales y de otro tipo; considera que todo instrumento de esta naturaleza debe alentar a los agentes empresariales e inversores a asumir sus responsabilidades en relación con el derecho humano a un medio ambiente saludable; considera que todo instrumento de esta naturaleza ha de incluir disposiciones firmes para la protección del medio ambiente y alentar a los agentes empresariales, así como a las instituciones financieras, además de a las entidades financieras regionales de inversión o fomento, a asumir sus responsabilidades en relación con el derecho humano a un medio ambiente saludable.”

“64. Destaca la importancia de combatir la corrupción a escala mundial, dado que esta perjudica al disfrute de los derechos humanos, tiene consecuencias negativas específicas y afecta de forma desproporcionada a los grupos de la sociedad más desfavorecidos, marginados y vulnerables, como las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, las personas de edad avanzada, los pobres, la población indígena o las personas pertenecientes a minorías, entre otras cosas, excluyéndolos del acceso igualitario a los recursos naturales, incluida la tierra.”

“65. Pide al Consejo y al SEAE que incluyan los delitos relacionados con la corrupción entre los delitos del régimen de sanciones de la UE de alcance mundial en materia de derechos humanos, lo que podría denominarse una Ley Magnitsky (13) europea, y que garanticen su rápida adopción e implantación.

(13) La ley Magnitsky permite a Estados Unidos sancionar a ciudadanos extranjeros sospechosos de graves violaciones de derechos humanos o corrupción a gran escala. Permite al Gobierno estadounidense aplicar

“66. Considera que la revisión de la política comercial de la Unión que se está llevando a cabo en la actualidad debe ser una oportunidad para redefinir, promover y reforzar la protección de los derechos humanos en la política comercial; subraya que los capítulos sobre desarrollo sostenible de los futuros acuerdos comerciales deben estar cubiertos por los mecanismos de solución de controversias de dichos acuerdos.

“67. Encarga a su presidente que transmita la presente Resolución al Consejo, a la Comisión, al vicepresidente de la Comisión / alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, al representante especial de la Unión Europea para los Derechos Humanos, a los Gobiernos y Parlamentos de los Estados miembros, al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al secretario general de las Naciones Unidas, al presidente del 74.º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, al presidente del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y a los jefes de las Delegaciones de la Unión.”

V. Colofón

El Parlamento Europeo, órgano de la UE elegido por sufragio directo, con responsabilidades

sanciones económicas y migratorias por estos actos ilegales, una tendencia en auge. Su nombre oficial es Ley de Responsabilidad de Estado de Derecho Sergéi Magnitsky, y el Congreso lo aprobó en 2012 para sancionar a los funcionarios rusos responsables de la muerte en 2009 del abogado ruso de ese nombre. Magnitsky fue torturado y abandonado en una prisión de Moscú por denunciar fraude fiscal en Rusia. El Congreso estadounidense aprobó extender las sanciones a cualquier individuo, al margen de su nacionalidad, con la Ley Global Magnitsky de 2016. La "Lista de nacionales especialmente señalados y personas bloqueadas" del Gobierno estadounidense puede incluir personas físicas, en especial funcionarios públicos, y también jurídicas —empresas, organismos y no estatales— para ser condenados por ejecuciones extrajudiciales, torturas u otros crímenes graves. El Programa Global Magnitsky permite denegar la entrada a las personas en la lista y bloquear sus propiedades en suelo estadounidense. Además, la ley de 2016 ha abierto la puerta a que ONG de monitorización de derechos humanos y corrupción aconsejen al Gobierno (<https://elordenmundial.com/que-es-la-ley-magnitsky-de-sanciones-internacionales>, consulta del 14/06/2021).

legislativas, de supervisión y presupuestarias, con 705 eurodiputados (diputados al Parlamento Europeo) ha dictado una Resolución de fundamental importancia para la aplicación de las Normas sobre Derechos Humanos en la defensa y protección del ambiente, la batalla contra el cambio climático, la defensa de los defensores ambientales y las comunidades indígenas y marginadas. Con especial referencia a la Pandemia del COVID-19 que azota al mundo, todo ello

dentro de un marco de transparencia y de lucha contra la corrupción.

El derecho ambiental deberá hacer hincapié que defiende los derechos ambientales como derechos humanos que son.

Todo ello es un nuevo hito en el desarrollo de este derecho, que los argentinos debemos profundizar con acuerdos como el de Escazú que nos pone a la delantera en tal sentido.

Del derecho ambiental al derecho ecológico: el caso de Costa Rica

Mario Peña Chacón (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Racionalidad biocéntrica/ecocéntrica y derechos de la naturaleza.— III. Justicia ecológica intra e intergeneracional e interespecies.— IV. Función social y ecológica de la propiedad.— V. A manera de conclusión.— VI. Bibliografía.

I. Introducción

Desde su advenimiento como disciplina jurídica autónoma, el derecho ambiental ha venido experimentando una serie de cambios evolutivos, progresivos y sistemáticos, a nivel global.

Sarlet y Fensterseifer (2021) clasifican la evolución del derecho ambiental brasileño en cuatro etapas que, *mutatis mutandis*, también son de aplicación para el caso costarricense. Estas fases son las siguientes: 1) fase fragmentaria - instrumental (1); 2) fase sistemática - valorativa (2); 3) fase de constitucionalización del

derecho ambiental (3); y 4) fase ecocéntrica o de derecho ecológico.

En relación con la última de estas etapas, conocida en doctrina como fase ecocéntrica, de ecologización del derecho ambiental o de derecho ecológico, connotados autores como Bonselmann (2021), Morato Leite (2021), de Araújo Ayala (2021), Sarlet y Fensterseifer (2021), Cavendon-Capedeville (2021) y Velázquez (2019), coinciden en que presenta una serie de características especiales que la distingue de las anteriores fases evolutivas experimentadas por el derecho ambiental, entre otras destacan las siguientes: racionalidad biocéntrica/ecocéntrica; otorgamiento de derechos a la naturaleza; justicia ecológica intra e intergeneracional e interespecies y reconocimiento de la función social y ambiental de la propiedad.

(*) Profesor del Posgrado en Derecho del Sistema de Estudios de Posgrado de la Universidad de Costa Rica y de su Facultad de Derecho; miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE).

(1) Se caracteriza por la promulgación de legislación fragmentaria y asistemática de protección de los recursos naturales, por la ausencia de reconocimiento de la autonomía del bien jurídico ambiental y por una visión instrumental (utilitarista/indirecta) de protección de los recursos naturales (Sarlet y Fensterseifer, 2021). Para el caso costarricense, esta fase coincide con la promulgación de normas de carácter sanitario y de tutela indirecta de los recursos naturales, tales como la Ley General de Salud de 1973, Ley de Aguas de 1942, Ley de Informaciones Posesorias de 1941 y la Ley de Cercas Divisorias y Quemadas de 1909.

(2) Se distingue por la existencia de un microsistema legislativa ambiental compuesto por objetivos, principios e instrumentos jurídicos especializados; por la autonomía del bien jurídico ambiental; por el reconocimiento del Derecho Ambiental como nueva disciplina jurídica

y por la institucionalización de una política ambiental de expresión nacional (Sarlet y Fensterseifer, 2021).

(3) Se caracteriza, entre otros, por la constitucionalización del Derecho Ambiental y la protección ecológica, así como por el reconocimiento del derecho-deber a un medio ambiente y el deber estatal de garantizarlo (Sarlet y Fensterseifer, 2021) En Costa Rica, las fases sistemática-valorativa y de constitucionalización del derecho ambiental ocurrieron casi de forma conjunta. Prueba de ello fue la promulgación de la Ley de Conservación de Vida Silvestre en 1992, previo a la reforma constitucional al art. 50 en 1994. Mientras que, como efecto de la constitucionalización del derecho a un ambiente sano y equilibrado, se emitieron las siguientes leyes ambientales: la Ley Orgánica del Ambiente en 1995, Ley Forestal en 1996, Ley de Biodiversidad en 1998 y Ley de Gestión Integral de Residuos en 2010.

Tomando en consideración los elementos que distinguen la última de las etapas del proceso evolutivo del derecho ambiental que lo hacen más tuitivo y con mayor potencialidad que el sistema ambiental clásico, el presente artículo tratará de responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿el derecho ambiental costarricense se encuentra en la fase de derecho ecológico?

II. Racionalidad biocéntrica/ecocéntrica y derechos de la naturaleza

Respecto de las características de la adopción de una racionalidad biocéntrica/ecocéntrica y del otorgamiento de derechos a la naturaleza, se hace necesario recurrir a la Ley de Biodiversidad de 1998 (4), primera ley de biodiversidad promulgada a nivel mundial y primera a nivel interno con enfoque ecosistémico (5).

Dicha ley de orden público, que sirve, además, de marco para la interpretación del resto de las normas que regulan la materia ambiental (6) en su art. 9º, establece como principios generales: el respeto a la vida en todas sus formas, reconociendo de forma clara, directa y expresa, el derecho de todos los seres vivos a la vida, con independencia de su valor económico actual o potencial; el carácter meritorio de los elementos de la biodiversidad, reconociendo además su importancia decisiva y estratégica para el desarrollo del país y su carácter indispensable para el uso doméstico, económico, social, cultural y estético de sus habitantes; el respeto a la diversidad cultural, especialmente el caso de las comunidades campesinas, los pueblos indígenas y

(4) Ley 7788 del 27/05/1998, disponible en http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=39796&nValor3=0&strTipM=FN (consultado el 20/05/2021).

(5) La norma recibió el premio mundial "Future Policy 2010" otorgado por el Consejo Mundial del Futuro, en Nagoya, Japón, en el marco de la Cumbre de Naciones Unidas sobre Biodiversidad.

(6) Art. 5º, Ley de Biodiversidad: "Marco de interpretación. Este ordenamiento jurídico servirá de marco para la interpretación del resto de las normas que regulan la materia objeto de esta ley".

otros grupos culturales, así como la equidad intra e intergeneracional (7).

De esta forma, desde 1998 y como principio general del ordenamiento jurídico ambiental, la Ley de Biodiversidad concede derechos a formas de vida distintas a la humana y les otorga un valor intrínseco, con ello los reconoce como sujetos de derechos y destinatarios directos de protección por parte del sistema jurídico.

Tal reconocimiento es acorde y encuentra respaldo en instrumentos internacionales de reciente data que incorporan una racionalidad biocéntrica/ecocéntrica. En ese sentido, es posible acudir al Principio 2 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental del 2016 (8), que al efecto dispone: "Derecho a la Naturaleza y Derechos de la Naturaleza. Cada ser humano y otros seres vivos tienen derecho a

(7) Art. 9º, Ley de Biodiversidad: "Principios Generales. Constituyen principios generales para los efectos de la aplicación de esta ley, entre otros, los siguientes: 1.- Respeto a la vida en todas sus formas. Todos los seres vivos tienen derecho a la vida, independientemente del valor económico, actual o potencial. 2.- Los elementos de la biodiversidad son bienes meritorios. Tienen importancia decisiva y estratégica para el desarrollo del país y son indispensables para el uso doméstico, económico, social, cultural y estético de sus habitantes. 3.- Respeto a la diversidad cultural. La diversidad de prácticas culturales y conocimientos asociados a los elementos de la biodiversidad deben ser respetados y fomentados, conforme al marco jurídico nacional e internacional, particularmente en el caso de las comunidades campesinas, los pueblos indígenas y otros grupos culturales. 4.- Equidad intra e intergeneracional. El Estado y los particulares velarán porque la utilización de los elementos de la biodiversidad se utilice en forma sostenible, de modo que las posibilidades y oportunidades de su uso y sus beneficios se garanticen de manera justa para todos los sectores de la sociedad y para satisfacer las necesidades de las generaciones futuras".

(8) Esta Declaración fue adoptada durante el 1er Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, coorganizado por la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN (WCEL, por sus siglas en inglés, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la Organización de Estados Americanos, la Asociación Internacional de Jueces y otros socios, en abril de 2016 en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil. Fue concluida por el Comité Directivo de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental el 12/02/2017.

la conservación, protección y restauración de la salud e integridad de los ecosistemas. La naturaleza posee un derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar”.

También encuentra fundamento en la opinión consultiva 23-17 sobre medio ambiente y derechos humanos (párrs. 56 a 68) **(9)**, así como en la sentencia Caso Comunidades miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs Argentina (párr. 203) **(10)**, ambas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las cuales, al desarrollar el contenido del derecho humano al ambiente sano a través del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte consideró a 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, disponiendo que la naturaleza y el medio ambiente encuentran protección interamericana no solamente por su conexidad con su utilidad para ser humano o por los efectos que su degradación podría causar a otros derechos de las personas, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos, advirtiendo una tendencia a reconocer personería jurídica, y por ende derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales, sino incluso en ordenamientos constitucionales.

A la vez, obtiene respaldo del documento denominado Principios Jurídicos Medioambientales para el desarrollo ecológicamente sostenible **(11)**, el cual identifica y sistematiza los

(9) Opinión consultiva OC-23/17 de 15/11/2017, solicitada por la República de Colombia, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf (consultado el 20/05/2021).

(10) Corte IDH, sent. del 06/02/2020, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf (consultado el 20/05/2021).

(11) Elaborado en el año 2018 durante la XIX Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Quito Ecuador por parte de la Comisión Iberoamericana de Justicia Medioambiental en conjunto con el Instituto Judicial Global del Ambiente, la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los embajadores de Buena Voluntad de la Organización de Estados Americanos. De conformidad con el Principio 1 su objetivo es procurar la

principios internacionales de protección del ambiente reconocidos por instrumentos internacionales y por la jurisprudencia nacional y comparada sobre la materia y que fue aprobado por la Corte Plena en 2020 **(12)**, en especial, de los siguientes principios: Principio 38: Obligación de protección de la naturaleza **(13)**; Principio 39: Derecho a la naturaleza y derechos de la naturaleza **(14)**; Principio 42: Sostenibilidad ecológica y resiliencia **(15)** y Principio 48: Interdependencia ecológica **(16)**.

A la luz de dichos instrumentos, es posible afirmar que el derecho a la vida que poseen todos los seres vivos, reconocido expresamente como un principio general por el numeral 9 de la Ley de Biodiversidad, lleva implícito el derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar.

vigilancia efectiva de los derechos fundamentales y velar por la preservación de la naturaleza, orientar sobre su preservación, garantizando la adecuada protección de la vida en sus diversas manifestaciones por medio del reconocimiento de la importancia de la interdependencia de todas las especies del planeta que permita el mantenimiento de un sistema ambiental armónico, equilibrado, limpio y sano. Disponible en: http://www.cumbrejudicial.org/content_page/64-noticias/748-principios-juridicos-medioambientales-para-un-desarrollo-ecologicamente-sustentable (consultado 23/05/2021).

(12) Sesión de Corte Plena No. 28-2020 del 25/05/2020, art. XIX.

(13) "Cada Estado, entidad pública o privada y los particulares 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".

(14) "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".

(15) "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".

(16) "Todas las formas de vida, desde la más simple a la más compleja son importantes en la naturaleza. Ninguna criatura carece de valor en sí misma y el ser humano comparte el planeta con aproximadamente 8.7 millones de especies y tiene la responsabilidad de cuidarlas y respetarlas. La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables".

A la vez, encuentra tutela jurídica no solo a nivel local, sino que también dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través del derecho humano a un ambiente sano contenido en el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es importante recalcar que el derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar que poseen todas las formas de vida, conlleva a una serie de obligaciones por parte del Estado y los ciudadanos, entre ellas destacan: el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales (arts. 49, 50, 51 y 52, Ley Biodiversidad) y la restauración, recuperación y rehabilitación de ecosistemas, especies y servicios ambientales (arts. 51, 53 y 54, Ley de Biodiversidad).

III. Justicia ecológica intra e intergeneracional e interespecies

Ahora bien, en relación con la justicia ecológica intra e intergeneracional e interespecies como elemento caracterizador del derecho ecológico, es posible acudir a una serie de votos constitucionales, que desde la década de los 90, y bajo una racionalidad biocéntrica/ecocéntrica, han tutelado de forma conjunta y sinérgica, por medio del derecho humano a un ambiente sano, los derechos de las generaciones presentes y futuras, así como de las demás especies con las cuales el ser humano comparte el planeta.

Al efecto, en el voto constitucional 1999-1250 del 19/02/1999, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de un decreto ejecutivo que permitía la captura de la tortuga verde (*Chelonia mydas*) en el Mar Caribe, para fines comerciales. Con ello, da inicio a una línea jurisprudencial de tutela de especies amenazadas o en peligro de extinción por su valor intrínseco, así como del derecho de las generaciones futuras de “conocerlas y de gozar del mismo ecosistema del que gozamos actualmente”, integrando los derechos recogidos en los arts. 7º, 50 y 89 constitucionales (17) con las obligaciones con-

traídas por Costa Rica mediante la suscripción de instrumentos internacionales ambientales que giran en torno a la protección del equilibrio ecológico del cual dependen dichas especies.

En el voto 2000-5348 del 30/06/2000, la Sala Constitucional declaró con lugar un recurso de amparo y anuló una resolución administrativa que aprobó un plan de aprovechamiento de huevos de la tortuga lora (*Lepidochelys olivácea*) de un área silvestre protegida, por considerar que permitía, sin base científica ni técnica, su explotación comercial, máxime tratándose de una especie en peligro de extinción. La Sala Constitucional tuvo por violentados los derechos tutelados en los arts. 7º, 50 y 89 constitucionales, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre y la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas. Al igual que en la sentencia 1999-1250, el tribunal constitucional consideró que, al no cumplirse con la protección otorgada por los instrumentos internacionales ambientales citados, se desprotegió el derecho a un ambiente sano y, sobre todo, ecológicamente equilibrado, para el cual deben establecerse mecanismos preventivos a

requerirán de la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto”.

Art. 50, Constitución Política: “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes. Toda persona tiene el derecho humano, básico e irrenunciable de acceso al agua potable, como bien esencial para la vida. El agua es un bien de la nación, indispensable para proteger tal derecho humano. Su uso, protección, sostenibilidad, conservación y explotación se regirá por lo que establezca la ley que se creará para estos efectos y tendrá prioridad el abastecimiento de agua potable para consumo de las personas y las poblaciones”.

Art. 89, Constitución Política: “Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico”.

(17) Art. 7º, Constitución Política: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país,

efectos de evitar la extinción de las especies, lo que requiere de una actitud cierta y responsable de las autoridades administrativas competentes.

En las sentencias de amparo constitucionales 2002-2486 del 08/03/2002 y 2008-13426 del 02/09/2008, la Sala Constitucional reconoció la estrecha y directa relación de dependencia de la lapa verde (*Ara ambigua*) respecto del almendro amarillo (*Dipteryx panamensis*), ambas especies en peligro de extinción, anulando, en el primer caso, un decreto ejecutivo y, en el segundo, una resolución administrativa, que permitían la explotación y aprovechamiento del almendro amarillo. En el voto 2002-2486, la Sala Constitucional señaló la obligación estatal de implementar todas las medidas que sean necesarias para proteger a la lapa verde, lo que conlleva impedir su comercio, y por su relación con el árbol de almendro, también se debe impedir la tala en todo el territorio, respetándose principalmente en las zonas donde se encuentra el hábitat óptimo para su sobrevivencia. Por su parte, en el voto 2008-13426, el tribunal constitucional afianzó su postura de otorgar protección a especies en peligro de extinción por su importancia intrínseca, independiente de su valoración humana, al resolver que la resolución impugnada careció de sustento fáctico y jurídico, contraviniendo la Constitución Política, resoluciones de la propia Sala Constitucional, instrumentos de derecho internacional adoptados por Costa Rica y la legislación ambiental interna de rango inferior.

En el voto 2014-8486 del 13/06/2014, la Sala Constitucional tuteló el derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho fundamental al agua y el derecho al agua para el desarrollo rural sostenible, al declarar la nulidad de dos resoluciones administrativas que autorizaron concesiones de aguas para un proyecto de riego agrícola sin estudio de impacto ambiental, protegiendo el caudal ecológico del río Veracruz, y con ello, los derechos de sus usuarios humanos y no humanos, en especial de la nutria (*Lontra longicaudis*), especie amenazada de extinción, y del pez machín (*Pomacanthus zonipectus*), de complejos hábitats migratorios.

A través del voto constitucional de amparo número 2019-24513 del 06/12/2019, la Sala Constitucional, aplicando el principio precautorio, la Declaración de Río, el Convenio de Rotterdam para la Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto del Comercio Internacional, así como los arts. 21 y 50 constitucionales, declaró violados los derechos humanos a la vida y salud de las personas, medio ambiente, seguridad alimentaria y biodiversidad, y ordenó al Ministerio de Agricultura y Ganadería la realización de estudios científicos para determinar los efectos sobre la salud pública y la biodiversidad, incluyendo a las especies de poblaciones de abejas melíferas (*Apis mellifera*), que conlleva el uso de plaguicidas y productos químicos industriales que contengan neocotinoides.

En la reciente sentencia constitucional de amparo 2021-1189 del 22/01/2021, la Sala Constitucional ordenó al Consejo Nacional de Vialidad, dentro del plazo de tres meses, construir y habilitar pasos para la fauna en los tramos de la ruta nacional 32 que fueron intervenidos en el proyecto de rehabilitación y ampliación de esa vía, así como diseñar y planificar la construcción de pasos de fauna en los tramos de la misma carretera que serán próximamente intervenidos, de la forma prevista en el estudio de impacto ambiental aprobado por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental. En esta ocasión, el tribunal constitucional fue enfático en señalar la necesidad de que todo Estado alcance su progreso de la mano con la naturaleza, a través del desarrollo sostenible.

También es posible citar una serie de votos constitucionales que han priorizado la tutela ambiental por sobre factores de índole económico. En ese sentido, en el voto 6233-2003 del 03/07/2003, la Sala Constitucional expuso: "Por ello, el objetivo primordial del uso y protección del ambiente es que, a través de la producción y uso de la tecnología, se obtengan no solo ganancias económicas (libertad de empresa) sino sobre todo un desarrollo y evolución favorable del medio ambiente y los recursos naturales con el ser humano, esto es, sin que se cause daño o perjuicio".

Por su parte, en el voto 1887-1995 del 07/04/2005, el órgano constitucional consignó: “según la jurisprudencia de esta Sala, el derecho al ambiente no puede ceder ante consideraciones de índole económica, por tratarse de un derecho no patrimonial y de indudable importancia no solo para los habitantes del país actualmente, sino también para los sucesivos”.

Más recientemente, en esa misma línea y a través del voto número: 2019-17397 del 11/09/2019, resolviendo una acción de inconstitucionalidad, dispuso: “En síntesis, la Administración debe propiciar un uso sustentable de los recursos naturales, logrando con ello que el país pueda desarrollarse económicamente, sin comprometer la integridad del medio ambiente ni el patrimonio al que tienen derecho las generaciones presentes y futuras, así como tampoco ceder ante consideraciones de índole económico”.

Así las cosas, y con sus altibajos, es posible confirmar la existencia de una línea jurisprudencial constitucional que, desde hace más de dos décadas y bajo una racionalidad biocéntrica/ecocéntrica, garantiza una justicia ecológica intra e intergeneracional e interespecies.

IV. Función social y ecológica de la propiedad

Un último elemento caracterizador del derecho ecológico, es el reconocimiento de la función social y ambiental de la propiedad. En ese sentido, nuevamente debemos acudir a la Ley de Biodiversidad, así como a la jurisprudencia constitucional.

En un primer orden de ideas, la Ley de Biodiversidad, en su art. 8º, expresamente reconoce que, como parte de la función económica y social, las propiedades inmuebles deben cumplir con una función ambiental.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional, desde la década de los 90, fundamentada en los arts. 45 y 50 de la Constitución Política, ha avalado sistemáticamente la imposición de limitaciones y restricciones útiles, razonables, proporcionales, oportunas y excepcionales de carácter ambiental sobre el derecho de propiedad privada, que busquen un desarrollo sostenible y armonizar los intereses particulares

con el interés público ambiental. En esa línea y a manera de ejemplos, pueden citarse los votos: 5893-1995 del 27/10/1995 y 2012-16629 del 28/11/2012.

Cabe destacar que, tanto la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, como la Declaración de Brasilia de Jueces sobre Justicia Hídrica emanada del 8º Foro Mundial del Agua realizado en Brasilia en 2018, incluyeron dentro del elenco de principios a la función ecológica de la propiedad (18).

V. A manera de conclusión

De conformidad con lo expuesto, sería posible contestar la pregunta planteada al inicio de este artículo de forma afirmativa, en la medida que el derecho ambiental costarricense cuenta con normativa y jurisprudencia suficiente que cumplen con cada uno de los postulados que caracterizan el derecho ecológico.

Sin embargo, la transición hacia la ecologización del derecho ambiental no está libre de altibajos y tropiezos y conlleva una serie de constantes desafíos de índole político, económico, social y cultural. Ante ellos, el Estado ecológico de derecho se constituye en el medio

(18) Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental. Principio 6. Función Ecológica de la Propiedad. Toda persona natural o jurídica o grupo de personas que posea o controle tierras, aguas u otros recursos, tiene el deber de mantener las funciones ecológicas esenciales asociadas a dichos recursos y de abstenerse de realizar actividades que puedan perjudicar tales funciones. Las obligaciones legales de restaurar las condiciones ecológicas de la tierra, el agua u otros recursos son obligatorias para todos los propietarios, ocupantes y usuarios de un sitio y su responsabilidad no concluye con la transferencia a otros del uso o del título de propiedad.

Declaración de Brasilia de Jueces sobre Justicia Hídrica. Principio 2 - Justicia hídrica, uso del suelo y función ecológica de la propiedad. Como consecuencia de los estrechos vínculos existentes entre el suelo y el agua, así como las funciones ecológicas de los recursos hídricos, toda persona titular de un interés o un derecho de uso sobre suelos o recursos hídricos tiene el deber de mantener las funciones ecológicas y la integridad de dichos recursos y los ecosistemas relacionados.

idóneo para alcanzar la tan anhelada efectividad del derecho ambiental del siglo XXI.

VI. Bibliografía

BOSELTMANN, K., “Del derecho ambiental al derecho ecológico”, Ciclo de Conferencias de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental (WCEL) de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), 2021, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=2TvtXeTsVts&t=237s> (consultado el 21/05/2021).

CAVEDON-CAPEDEVILLE, F., “Da Dimensão Ambiental à Ecologização dos Direitos Humanos: Aportes Jurisprudenciais”, en MORATO LEITE, J. R. (coord.), *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente, Rupturas Necessárias*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2021, 2ª ed.

DE ARAÚJO AYALA, P., “Constitucionalismo Global Ambiental e os Direitos da Natureza”, en MORATO LEITE, J. R. (coord.), *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente, Rupturas Necessárias*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2021, 2ª ed. MORATO LEITE, J. R. - GALBIATTI SILVEIRA, P., “A Ecologização do Estado de Direito:

uma Ruptura ao Direito Ambiental e ao Antropocentrismo Vigentes”, en MORATO LEITE, J. R. (coord.), *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente, Rupturas Necessárias*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2021, 2ª ed. PEÑA CHACÓN, M., “Justicia ecológica del siglo XXI”, en PEÑA CHACÓN, M. (coord.), *Derecho ambiental del siglo XXI*, Ed. Isolma, San José de Costa Rica, 2019.

— “Derechos humanos y medio ambiente”, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José de Costa Rica, 2021.

— “Derecho ambiental efectivo”, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José de Costa Rica, 2016.

SARLET, I. W. - FENSTERSEIFER, T., “Curso de Direito Ambiental”, Ed. Forense, Río de Janeiro, 2021.

VELÁZQUEZ, D. B., “La autonomía del derecho del medio ambiente sano como nexo entre el derecho ambiental y los derechos de la naturaleza”, *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, nro. 33, octubre 2019.

El sistema de responsabilidad por daño ambiental en la legislación chilena

Cristián Peña y Lillo Delaunoy (*)

Sumario: I. Generalidades sobre el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA).— II. Particularidades del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA.— III. Objeto tutelado por el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA.— IV. Elementos de la responsabilidad ambiental.— V. Presunción de la responsabilidad ambiental.— VI. La reparación del daño ambiental.— VII. Acciones que emanan del daño ambiental.— VIII. Bibliografía citada.

I. Generalidades sobre el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA)

El régimen de responsabilidad por daño ambiental chileno se encuentra construido con base en el *principio de responsabilidad ambiental*, establecido en el mensaje de la ley 19.300, que aprueba la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en adelante “LBGMA” o “ley 19.300”, con el cual se pretende que los responsables de los daños ambientales reparen materialmente el daño causado al medio ambiente restaurando el paisaje deteriorado. Además, de indemnizar a las víctimas del daño (1).

El principio de responsabilidad por daño ambiental, contenido en el mensaje de la ley 19.300, se encuentra inspirado en el Principio 13 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo que se llevó a cabo en Río de Janeiro, los días 3 al 14 de junio de 1992, que señala: “Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar, asimismo, de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los

(*) Abogado de la Universidad Finis Terrae; magíster en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. Diplomado en Recursos Naturales y en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, ambos de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente se desempeña como abogado consultor en derecho regulatorio minero, ambiental, recursos naturales, eléctrico y administrativo, y como miembro titular del Segundo Tribunal Electoral de la Región Metropolitana.

(1) El mensaje de la ley 19.300 se refiere al principio de la responsabilidad ambiental de la siguiente manera: “En cuarto lugar, el proyecto establece el principio de la responsabilidad, con el cual se pretende que los

responsables por los daños ambientales reparen a sus víctimas de todo daño. Además, se busca reparar materialmente el daño causado al medio ambiente, obligando al causante del daño a restaurar el paisaje deteriorado. En consecuencia, el principio de la responsabilidad supera los ámbitos de lo que se denomina responsabilidad civil, creando una nueva figura que podría denominarse ‘responsabilidad por daño ambiental’. Esta exige, para su concreción, la infracción de las normas ambientales. Por otra parte, el sistema de sanciones pecuniarias refuerza fundamentalmente el sistema de responsabilidad para los infractores a las normas”. Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la ley 19.300*, p. 10.

efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción”.

Este principio es recogido por la legislación chilena y materializado en el art. 3° de la LBGMA, contenido en las “Disposiciones generales” del tít. I, y luego desarrollado en el tít. III, denominado: “De la responsabilidad por daño ambiental”, que comprende los art. 51 a 63 del mencionado cuerpo legal. El conjunto de estas disposiciones constituye en esencia el sistema o régimen ordinario o general de responsabilidad por daño ambiental establecido por el legislador chileno en la LBGMA.

En el art. 3° de la LBGMA, se señala que “Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”.

Por su parte, el inc. 1° del art. 51 de la LBGMA, dispone: “Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley”.

Del examen de ambas disposiciones, se puede inferir —*a priori*—, que el sistema de responsabilidad ambiental que adoptó la LBGMA, es el de responsabilidad por culpa, toda vez que se encuentra basado en una *responsabilidad subjetiva*, ya que, para que exista responsabilidad por daño ambiental se requiere, además, de elementos objetivos, la concurrencia de elementos de carácter subjetivos o de intencionalidad, como el dolo o la culpa. En todo caso, está responsabilidad subjetiva se encuentra “atenuada”, porque el legislador chileno estableció en el art. 52 de la LBGMA, un régimen de “culpa presumida”, en virtud de la cual se presume la culpabilidad bajo ciertas hipótesis que señala dicha disposición a las cuales nos referiremos más adelante.

II. Particularidades del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA

El sistema de responsabilidad ambiental chileno, si bien en esencia constituye un sistema de responsabilidad extracontractual, tiene sus

propias particularidades, como por ejemplo las relativas al concepto de daño ambiental, la reparación ambiental, la prescripción, la presunción de responsabilidad, entre otras. A continuación, veremos algunas de ellas:

i) En primer lugar, el sistema de responsabilidad ambiental chileno persigue la reparación material del medioambiente, o uno o más de sus componentes dañados, a una “calidad similar a las que tenían con anterioridad al daño causado”, y si ello, no fuera posible, “restablecer sus propiedades básicas” (2).

ii) Sin embargo, la acción de reparación ambiental no excluye la posibilidad de solicitar la indemnización respectiva por los perjuicios derivados del daño ambiental, contemplando expresamente una acción indemnizatoria para el “directamente afectado”, que es regulada en el art. 46 de la ley 20.600, que crea los tribunales ambientales en Chile, conocida también como ley de los tribunales ambientales o simplemente “LTA” (3).

iii) Constituye un sistema de responsabilidad subjetiva atenuada o de “culpa presumida”, por cuanto la ley establece una presunción de culpabilidad, y para algunos casos, de causalidad, bajo ciertas hipótesis (4).

iv) Conforman el régimen común u ordinario en materia de reparación de daños ambientales, pero, en caso de existir normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales, v.gr. Ley de Navegación (dec.-ley 2222/1978), estas prevalecerán sobre las normas que componen el régimen de responsabilidad contenido en la LBGMA (5).

v) Admite la aplicación supletoria de las disposiciones del tít. XXXV del Libro IV del Código Civil, en lo no previsto por la ley 19.300 o por leyes especiales (6).

(2) Véase arts. 2°, letra s), y 3°, LBGMA.

(3) Véase art. 53, LBGMA.

(4) Véase art. 52, LBGMA.

(5) Véase art. 51, inc. 2°, LBGMA.

(6) Véase art. 51, inc. 3°, LBGMA.

vi) Por último, el sistema de responsabilidad ambiental chileno, permite una vía administrativa de carácter voluntario para la reparación de los daños ambientales, en forma previa a la vía judicial, la cual se encuentra a cargo de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). De este modo, el ejercicio de la acción judicial de reparación ambiental, que es de conocimiento de los tribunales ambientales, queda circunscrito exclusivamente a los siguientes casos: a) daños provocados por proyectos o actividades que no se encuentran bajo la esfera de competencia de la SMA, esto es, proyectos o actividades que no deban cumplir con normas o instrumentos de gestión ambiental que deban ser fiscalizados y sancionados por la Superintendencia; b) daños provocados por proyectos o actividades que se encuentran bajo la fiscalización de la SMA, pero que no hayan presentado voluntariamente un plan de reparación ambiental; c) daños provocados por proyectos o actividades que se encuentran bajo la fiscalización de la SMA, que hayan presentado voluntariamente un plan de reparación ambiental, pero que en definitiva no haya sido ejecutado satisfactoriamente.

III. Objeto tutelado por el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA

Tal como se desprende de los señalado en los arts. 3° y 2°, letras e) y s), de la LBGMA, los cuales contemplan el sistema subjetivo de responsabilidad ambiental y los conceptos de daño ambiental y reparación, respectivamente, se puede inferir que el objeto de protección del régimen de responsabilidad en la LBGMA, es el “medio ambiente o uno o más de sus componentes”.

En el contexto de la LBGMA, el concepto de “medio ambiente” se encuentra definido en el art. 2°, letra ll), como: “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.

Según el autor chileno Rodrigo Guzmán Rosen, la definición que nos entrega la LBGMA de *medio ambiente* “no solo integra los elementos *naturales* bióticos (flora y fauna) y abióti-

cos (suelo, aire y agua), sino que además, los *artificiales* (una edificación, por ejemplo) y los *socioculturales* (como podría ser la suma de comportamientos y creencias colectivas de la sociedad, o de algún sector de ella)”. Además, señala este autor que la definición contenida en la LBGMA, destaca una lógica de relación o interacción entre todos esos componentes, es decir, como un sistema global que es, en donde sus constituyentes naturales, artificiales y socioculturales actúan no solo aisladamente sino también a través de vínculos inescindibles y recíprocos, influyendo los unos sobre los otros. Finalmente, indica que la definición legal admite que dicho sistema global “no es rígido ni inalterable en ninguna de sus dimensiones temporales y estructurales, de forma tal, que, en palabras del legislador, se encuentra en permanente modificación, ya sea por la acción humana, por el propio funcionamiento y ritmo de la naturaleza, o como consecuencia combinada de ambas” (7).

A este respecto, el profesor Jorge Bermúdez y actual contralor general de la República, refiriéndose al concepto legal de *medio ambiente*, señala que “la sola utilización de la expresión *medio ambiente* no resulta del todo precisa, en cuanto los dos términos del concepto no son unívocos y resultan redundantes en su utilización conjunta. De hecho, con la expresión *medio* se hace alusión a aquellos elementos ambientales a través de los cuales se traslada o deposita la contaminación ambiental. En cambio, ambiente se refiere al conjunto de elementos y su interacción, sobre los que se desarrolla la vida”. Indica este importante autor, que “sería más preciso utilizar una sola expresión tal como ambiente o entorno, reservando la expresión, *medio* para aquellos elementos tales como el aire y suelo, que constituyen los denominados *medios ambientales*” (8).

También refiere el autor citado *supra*, que el concepto legal de medio ambiente utilizado por la LBGMA, “manifiesta un problema que se desprende de la amplitud de los elementos que comprende y, por ende, las dificultades en su aplicación práctica”. Dicho lo anterior, Bermúdez

(7) GUZMÁN (2016), ps. 23-24.

(8) BERMÚDEZ (2016), p. 60.

dez nos propone como definición de *medio ambiente*, “la manifestación actual de las relaciones que se dan entre los diversos ecosistemas tanto los existentes en los ámbitos urbanos como naturaleza que produciendo un conjunto de condiciones, inciden de forma determinante en las posibilidades de desarrollo integral de los seres humanos” (9).

No obstante las fundadas críticas que se han manifestado con relación a la amplitud del concepto de *medio ambiente* contenido en la LBGMA, han sido los tribunales ambientales chilenos quienes han reconocido que el concepto de *medio ambiente*, tiene una realidad que no se contiene ni agota en la definición legal, sino que va más allá, pues es material, compleja y diversa, integrando, incluso, el valor de los servicios ecosistémicos en las sentencias judiciales recaídas en causas por responsabilidad por daño ambiental, confirmando con ello que el *medio ambiente*, es un bien jurídico colectivo que compromete variedad de intereses de naturaleza privada y supraindividual (10).

En este sentido, podemos mencionar la causa Rol D-7-2014, seguida ante el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, la cual señaló que “en el contexto de la LBGMA, el *medio ambiente* entendido como sistema comprende: la *biodiversidad* —letra a), art. 2º, LBGMA—, la *conservación del patrimonio ambiental* —letra b), art. 2º, LBGMA—, la *preservación de la naturaleza, la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas* —art. 4º, LBGMA—, y el *patrimonio cultural* —letra f), art. 11, LBGMA—. La afectación significativa a cualesquiera de ellas debe ser considerada como daño ambiental, pues su menoscabo afecta al sistema natural. En el caso de la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo de uno o más de los componentes del medio ambiente, su afectación significativa también debe ser considerada

(9) *Ibid.*, p. 63.

(10) Al respecto se recomienda la lectura de artículo titulado “Conceptualización del daño ambiental y la integración del valor de los servicios ecosistémicos en las resoluciones judiciales”. PEÑA Y LILLO (2019), ps. 531 y ss.

como daño ambiental, en virtud de lo dispuesto en el literal d) del art. 2º, LBGMA” (11).

IV. Elementos de la responsabilidad ambiental

Para que se configure este tipo especial de responsabilidad por daño ambiental, es necesario que concurren cuatro requisitos de la responsabilidad extracontractual o *aquiliana*, a saber: a) acción u omisión del o los autores del daño; b) daño, en este caso ambiental; c) culpa o dolo del autor del daño ambiental; d) relación de causalidad entre la conducta culpable o dolosa y el daño. Todo lo anterior, sin perjuicio que, conforme al art. 52 de la ley 19.300, configurada alguna de las presunciones legales que establece dicha norma, se podrá presumir legalmente al menos el presupuesto subjetivo, referido a la concurrencia de la culpa.

A continuación, nos referiremos someramente cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad por daño ambiental:

IV.1. Acción u omisión del o los autores del daño

De acuerdo con la lectura de los arts. 3º y 51 de la LBGMA, la responsabilidad por daño ambiental se genera por una *acción u omisión humana* que de acuerdo con lo indicado en la letra e) del art. 2º de la LBGMA, produce pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.

Para configurar la responsabilidad por daño ambiental, se exige, en primer lugar, la existencia de un hecho del hombre, es decir, que derive del comportamiento de la persona humana. La acción humana es determinante en el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido por nuestro legislador, toda vez que excluye el que puede haber sido producido de manera causal, fortuita o accidental por parte de la misma naturaleza, como puede ser un rayo que

(11) Tercer Tribunal Ambiental, 31/12/2018, “Hermilio Bautista Carrillo I. con Empresa Nacional de Electricidad SA” (Bocamina), Rol D-7-2014. En el mismo sentido, *id.*, 08/06/2016, “Justo Miranda V. y otro con Ilustre Municipalidad de Puerto Natales”, Rol D-13-2015.

quema un bosque o una inundación que afecta a una plantación (12).

Ahora bien, debemos tener presente que, dentro de las notas distintivas del sistema de responsabilidad ambiental chileno, se encuentra la aplicación supletoria de las disposiciones del tít. XXXV del Libro IV del Cód. Civil, en lo no previsto por la ley 19.300, de acuerdo con lo señalado en el art. 51, inc. 3° de la LGBMA. Dichas normas del Código Civil, se refieren a los delitos y cuasidelitos civiles, los que pueden consistir en una conducta activa u omisiva, también denominadas como *culpa in committendo* o *culpa in omittendo*.

Tal como ocurre en materia civil, en el ámbito ambiental chileno, la clasificación entre una conducta activa u omisiva, carece de toda importancia práctica, pues el daño ambiental, sea producto de conducta activa u omisiva, obligará siempre a su autor a reparar el medio ambiente en los términos indicados en el art. 3° de la LBGMA, e indemnizar al “directamente afectado” de los perjuicios derivados del daño ambiental, según lo dispone el art. 53 de la misma ley.

IV.2. Culpa o dolo del o los autores del daño

La *culpa o dolo*, es el elemento subjetivo de la responsabilidad por daño ambiental. De acuerdo con la historia fidedigna de la LBGMA, nuestro sistema de responsabilidad por daño ambiental es un sistema que se ha construido con base en la *responsabilidad subjetiva atenuada*, esto es, que exige la culpa o el dolo (13) como título de imputación, la cual se presumiría legalmente en las hipótesis que nuestro legislador indica, tal como se desprende de los arts. 3°, 51, inc. 1°, y 52 de la LGBMA. Aunque como

(12) PEÑA (2013), p. 118.

(13) Durante la discusión en sala se registró la siguiente consideración de parte del Senador informante, Sr. Pacheco: "Esta es una materia innovadora en nuestra legislación. El Párrafo contiene disposiciones relativas a la responsabilidad por daño ambiental que establecen la obligación para su autor de repararlo. [...] Por otra parte, el proyecto mantiene la regla general de responsabilidad subjetiva existente en nuestra legislación, por lo cual se exige la concurrencia de dolo o culpa en el autor del daño, sin perjuicio de los demás requisitos generales en esta materia". Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la ley 19.300*, p. 207.

diremos más adelante, puede considerarse que en realidad se trata de un *sistema objetivo de responsabilidad*.

No obstante lo dicho, para nuestra doctrina nacional, en materia de responsabilidad por daño ambiental: “No basta entonces, con la existencia del hecho (acción u omisión), la relación de causalidad y el daño, sino, antes bien, es imperativo que concurra en la conducta del victimario un elemento volitivo constituido precisamente por su intención positiva de dañar (dolo) o por un comportamiento negligente en comparación a aquel que habría observado un hombre medio en circunstancias similares (culpa)” (14).

En efecto, el deber de reparar “reside en la circunstancia de que el daño es reprochable al que lo causa, porque en su producción ha habido siquiera, en el sentido de 'al menos', culpa o negligencia del agente” (15). La culpa entonces, supone la omisión de la diligencia debida, la superación de un estándar de conducta propia del hombre medio, el buen padre de familia, o como dice Alessandri, “la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios (...) un error de conducta (...) descuido, imprudencia, negligencia, falta de precaución, atención o vigilancia, inadvertencia, omisión de aquellos cuidados que la prudencia requiere o hace necesarios, sin que sea de rigor que haya una infracción reglamentaria; la ley no la exige. En otros términos, hay culpa cuando no se obra como se debiere, cuando no se hace lo que hubiera debido hacerse” (16).

IV.3. Daño ambiental

El *daño ambiental*, es el presupuesto de la responsabilidad ambiental y a su vez, un elemento objetivo de ella. En efecto, para que surja la responsabilidad es necesario, en primer término, la concurrencia de un *daño ambiental*, solo en virtud de la ocurrencia de este surgirá la obligación de reparar el medio ambiente dañado e indemnizar los perjuicios al directamente

(14) FEMENÍAS (2017), p. 376.

(15) YÁGUEZ (2008), p. 606.

(16) ALESSANDRI (1983), p. 172.

afectado, que es lo que persigue. Positivamente, este presupuesto se encuentra plasmado en el art. 51, inc. 1º, de la LGBMA, cuando señala que “Todo el que culposa o dolosamente cause 'daño ambiental' responderá del mismo en conformidad a la presente ley” (17).

De esta manera, el concepto de *daño* en el ordenamiento ambiental de nuestro país es de suma relevancia, razón por la cual el legislador chileno lo ha definido en el art. 2º, letra e), de la LGBMA, como: “Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”. Así, para la configuración del daño ambiental debe existir pérdida, disminución, detrimento o menoscabo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes. Con todo, para ser constitutiva de daño ambiental, dicha afectación debe tener cierta entidad, razón por la cual la ley exige como elemento normativo que dicha pérdida, disminución, detrimento o menoscabo sea *significativa*. Además de la significancia, el daño se debe ser *cierto* y *haberse producido*. Que sea *cierto*, significa que este debe existir positivamente por cuanto los perjuicios puramente eventuales o hipotéticos no deben considerarse como constitutivos de daño ambiental. Asimismo, el daño *debe haberse producido*, esto es, que el hecho que causa el daño se debe haber verificado, no obstante, que el daño, en concreto, se manifieste en forma actual o futura.

Cabe advertir que nuestro legislador, al definir el concepto de *daño ambiental* en el art. 2º, letra e), de la LBGMA, utiliza la técnica del concepto jurídico indeterminado, los que según García de Enterría, son aquellos en que “La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación; pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la

calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución” (18).

Volviendo a la definición de daño ambiental, contenida en el art. 2º, letra e), de la LBGMA, la doctrina nacional ha señalado que “no es relevante la forma en que se presente el daño para que se configure la responsabilidad, ya que, toda manifestación dañosa para el medio ambiente o para alguno de sus elementos queda comprendida en la definición de daño ambiental. Con todo, la misma definición legal consagra una calificación del daño en cuanto a su envergadura o intensidad, esto es, que sea significativo, lo que responde a la necesidad de limitar que cualquier daño genere responsabilidad ambiental, haciendo inoperable la institución, reservándolo a aquel daño de importancia o consideración”. Lo anterior implica, para Bermúdez, aceptar que existe una “zona gris” de actividades dañosas que no llegan a ser de tal trascendencia como para generar responsabilidad (19).

Ahora, tal como lo manifiesta Valenzuela: “La exigencia de que los efectos sobre el medio ambiente tengan carácter significativo restringe el ámbito del daño ambiental. La palabra significativo conlleva la idea de una cierta valoración negativa mínima para el medio ambiente, de tal manera que los daños cuya entidad se encuentren por debajo de ese mínimo no constituyen daño ambiental, aunque comparten un cierto grado de pérdida, disminución, detrimento o menoscabo para el medio ambiente o para uno o más de sus componentes” (20).

En cuanto a los criterios para determinar la significancia, y citando derecho extranjero, se han señalado, entre otros, los siguientes: i) irreversibilidad del daño, o que este pueda repararse en un largo tiempo; ii) daños a la salud, es decir, cada vez que afecte a la salud de las personas este es considerable; iii) forma del daño, es decir, cómo se manifiesta el efecto, por ejemplo, en casos de contaminación atmosférica, el grado de toxicidad, la volatilidad y dispersión; iv) dimensión del daño, que se refiere a su in-

(17) BERMÚDEZ (2016), p. 399.

(18) GARCÍA y FERNÁNDEZ (2003), ps. 448-449.

(19) BERMÚDEZ (2016), ps. 401-402.

(20) VALENZUELA (2010), p. 318.

tensidad, por ejemplo, la concentración de contaminante; y v) duración del daño, es decir, el espacio de tiempo que este comprende, el que no necesariamente tiene que ser continuo, ya que, los daños intermitentes o eventuales también pueden considerarse significativos (21).

Ahora bien, pese a que la significancia es un elemento exigido expresamente en la ley, esta, como lo hemos visto, no lo define ni establece criterios para su determinación, motivo por el cual este elemento se ha ido construyendo en nuestro país a nivel doctrinario y principalmente, jurisprudencial (22).

A este respecto, nuestra Corte Suprema ha señalado una lista de criterios que pueden ser utilizados para determinar la significancia del daño, indicando al efecto que “Si bien la ley no ha conceptualizado el carácter de significativo del daño ambiental, es posible reconocer razonablemente de la propia normativa ambiental una serie de criterios que permiten dilucidar esa interrogante, tales como: a) la duración del daño; b) la magnitud del mismo; c) la cantidad de recursos afectados y si ellos son reemplazables; d) la cantidad o valor de los recursos dañados; e) el efecto que acarrear los actos causantes en el ecosistema y la vulnerabilidad de este último; y f) la capacidad y tiempo de regeneración” (23).

Profundizando en el alcance de algunos de los criterios señalados por la Corte Suprema Chilena, podemos señalar que i) la determinación de la significancia debe constatar en concreto, y que no está limitada solo a un aspecto de extensión material de la pérdida, disminución o detrimento, “sino que debe acudir a la calibración

de la significación de los deterioros infligidos a aquel (al medio ambiente o a uno o más de sus componentes” (24), y que *esta no puede necesariamente determinarse solamente por un criterio cuantitativo* (25); ii) debe tenerse en consideración las especiales características de vulnerabilidad (26), como por ejemplo, en aquellos casos en que se afecta un área o especie bajo protección oficial (27); y, iii) debe atenderse, también, a la pérdida de terrenos cultivables (28), pérdida de su productividad (29) o la inutilización de su uso (30).

En este mismo sentido, otra sentencia de la Corte Suprema ha indicado: “Si bien la ley no ha conceptualizado el carácter de significativo del daño ambiental, es posible reconocer razonablemente de la propia normativa ambiental una serie de criterios que permiten dilucidar esa interrogante, tales como: a) la duración del daño; b) la magnitud del mismo; c) la cantidad de recursos afectados y si ellos son reemplazables; d) la calidad o valor de los recursos dañados; e) el efecto que acarrear los actos causantes en el ecosistema y la vulnerabilidad de este último; y f) la capacidad y tiempo de regeneración” (31).

IV.4. Relación de causalidad entre la conducta culpable o dolosa y el daño ambiental

La *relación de causalidad* en la responsabilidad ambiental, es un elemento objetivo de la misma y se encuentra consagrado en los arts. 3º y 51, inc. 1º de la LBGMA. La primera de dichas normas dispone: “Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente,

(24) SCS. Rol 5.826-2009 de 28/10/2011, consid. 7º.

(25) SCS. Rol 421-2009 de 20/01/2011, consid. 11ª.

(26) SCS. Rol 5.826-2009 de 28/20/2011, consid. 7º.

(27) SCS. Rol 4.033-2013 de 03/10/2013, consid. 15ª, sentencia de reemplazo. SCS Rol 32.087-2014, 03/08/201, consid. 5º. En mismo sentido, SCS. Rol 3579, 26/06/2013, consid. 22ª y 23ª.

(28) SCS. Rol 8.339-2009, 29/05/2012, consid. 4º.

(29) SCS. Rol 8.593-2012, 05/09/2013, consid. 28ª.

(30) SCS. Rol 3.275-2012.

(31) SCS Rol 25.720-2014, consid. 5º. En un sentido parecido, BERMÚDEZ (2016), ps. 401-404.

(21) BERMÚDEZ (2016), ps. 401-404.

(22) En este sentido, ver consid. 48 de la sent. 3TA, causa Rol D-6-2019, caratulada “Reinaldo Enrique Espinoza Mardones con Empresa Eléctrica Caren SA”, en la cual se señala que la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo generado sobre el medio ambiente, requiere ser significativo para configurar el daño ambiental, según lo dispuesto en el literal e) del art. 2º de la LBGMA; entregándose al sentenciador la potestad para establecer cuándo debe considerarse que en un caso concreto se ha provocado un daño significativo al ambiente o a uno o más de sus elementos.

(23) SCS. Rol 27.720-2014 de 10/12 2015, consid. 4º.

estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley". Por su parte, la segunda señala que "Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley".

Como podemos observar, tanto el art. 3º, como el art. 51 de la ley 19.300, se refieren a la relación de *causalidad o nexo causal* cuando usan la expresión "cause daño", para consagrar la exigencia de un vínculo causa-efecto entre la acción u omisión dañosa y la pérdida, deterioro o menoscabo significativo.

Las normas señaladas replican la exigencia de todo sistema de responsabilidad extracontractual, pues como lo dice Hernán Corral en materia de responsabilidad extracontractual civil ordinaria: "el hecho ilícito ha de ser considerado la causa del daño, y el daño el efecto del hecho ilícito (...) así el art. 2314 del Cód. Civil, señala que, para ser fuente de responsabilidad, el delito o cuasidelito debe haber inferido daño a otro" (32).

Sobre esto, el profesor Alessandri, nos enseña que "para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito le imponga responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta que ese hecho u omisión haya sido ejecutado con dolo o culpa, que cause daño. Es menester que entre el dolo o la culpa, por una parte, y el daño, por la otra, haya una relación de causalidad, es decir, que este sea la consecuencia o efecto de ese dolo o culpa" (33).

Así, *el daño ambiental debe ser consecuencia directa y necesaria de la acción u omisión* (34),

(32) CORRAL (2004), p. 179.

(33) ALESSANDRI (1983), p. 238.

(34) Alessandri, señala que "es indiferente que la relación causal sea mediata o inmediata. Lo esencial es que el daño sea la consecuencia necesaria y directa del hecho ilícito, que en cualquier forma o condiciones en que el daño se presente, este no se habría producido sin el hecho doloso o culpable. Concurriendo esta circunstancia, la relación causal existe por mediato o alejado que sea el daño. De lo contrario, esa relación desaparece: el daño ya no tendría por causa el hecho ilícito, como quiera que aún sin él se habría producido". ALESSANDRI (1983), p. 247.

por lo que el nexo causal no puede presumirse. La relación de causalidad es necesaria en el sistema de responsabilidad subjetiva por daño ambiental establecido por la LBGMA, por cuanto dicho cuerpo legal no establece ninguna presunción del nexo causal, sino que solo presunciones legales de responsabilidad señaladas en el art. 52 de la ley 19.300, que tienen por efecto eximir de la prueba respecto del elemento subjetivo, pero en ningún caso pueden considerarse presunciones de la relación de causalidad (35) (36).

De esta manera existiendo o no la presunción legal de responsabilidad, la relación de causalidad en la responsabilidad ambiental en el sistema jurídico chileno no puede presumirse, pues en aquellos casos en que se presume la responsabilidad del sujeto agente de la acción u omisión que se estima provocó el daño, igualmente habrá que probar la relación de causa a efecto

(35) Con relación a la extensión de la relación de causalidad, Alessandri ha señalado que "la relación de causalidad es necesaria, sea el delito o cuasidelito de acción u omisión, trátase de una responsabilidad objetiva y de responsabilidad sin culpa o legal, sin bien en estas dos últimas esa relación deberá existir entre el hecho y el daño y no entre este y la culpa o el dolo, como ocurre en la responsabilidad subjetiva. La ley no ha hecho distinciones y nadie puede responder sino de los daños que cause o cree". ALESSANDRI (1983), p. 239.

(36) Debemos indicar respecto de este punto, que la línea jurisprudencial que han tenido alguno de nuestros tribunales ambientales no ha sido consistente en esta materia, pues en algunos casos, ha extendido la presunción de la culpa establecida en el art. 52 de la ley 19.300 a la relación de causalidad y en otros no. En el primer caso, debemos citar las sentencias dictadas por el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago en las causas: (i) Rol D-6-2013, 29/11/2014, caratulada "Estado de Chile contra Sociedad Servicios Generales Larenas Ltda."; (ii) Rol D-14-2014, 24/08/2016, caratulada "Inversiones J y B Limitada en contra de la Sociedad Contractual Minera Tambillos y otro", y; (iii) Rol D-15-2015, 06/01/2017, caratulada "Ilustre Municipalidad de Maipú en contra de Minera Española Chile Limitada". En el segundo caso, en donde se ha dictaminado que debe existir una relación de causalidad entre el daño ambiental y la culpa, podemos citar a las sentencias dictadas por el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia en las causas: (i) Rol D-3-2015, 21/06/2016, caratulada "I. Municipalidad de Río Negro con Seimura Carrasco Valdeavellano"; (ii) Rol D-13-2015, 08/07/2016, caratulada "Justo Miranda Vera y otro con Ilustre Municipalidad de Puerto Natales", y; (iii) Rol D-24-2017, 30/11/2017, caratulada "Comité de Defensa Patrimonial de Los Ángeles con I. Municipalidad de Los Ángeles".

entre la conducta (activa u omisiva) y el daño producido (37).

Finalmente, debemos anotar que la determinación de la causa del daño y si entre este y el hecho existe o no la relación de causalidad, es una cuestión de hecho que los jueces de fondo están llamados a establecer privativamente.

V. Presunción de la responsabilidad ambiental

Ante la evidente dificultad probatoria que conlleva la prueba del elemento subjetivo en materia de daño ambiental y dada la relevancia que tiene la protección del medio ambiente, la LBGMA establece en el art. 52 un catálogo de presunciones simplemente legales de responsabilidad del autor del daño ambiental, las cuales *atenúan* el régimen de responsabilidad subjetiva por daño ambiental. Dicha disposición indica: “Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias. Con todo, solo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditaré relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”.

Entonces, de acuerdo con lo establecido en la norma antes transcrita, se presumiría legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a algunos de los siguientes instrumentos de protección ambiental:

1. normas de calidad ambiental;
2. normas de emisiones;
3. planes de prevención o de descontaminación;
4. regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental, y;

5. normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

El inc. 1° del art. 52, emplea la frase “se presume legalmente la responsabilidad”, la cual, en nuestro concepto no es precisa, por cuanto lo que se presume en realidad, no es la responsabilidad del autor del daño ambiental, sino solo el elemento subjetivo de ella, es decir, la culpa o el dolo del infractor, la cual, por cierto, admite prueba en contrario al tratarse de una presunción legal, aunque para algunos autores, dicha norma también permite presumir el nexo de causalidad (38).

Como podemos observar, las presunciones señaladas en el inc. 1° del art. 52 de la LBGMA, se han construido con base en un catálogo de conductas antijurídicas bastante amplias, las que —a su vez— constituyen en la especie una excepción al régimen subjetivo de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA, al señalar un criterio objetivo para la determinación de la responsabilidad del autor del daño ambiental, dado por la infracción a diversas normas de protección ambiental.

Siguiendo con lo anterior, si examinamos el referido catálogo de presunciones de responsabilidad, y en especial, si ponemos atención a la última frase del inc. 1° de la norma antes citada anteriormente, por la cual se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, que dice “si existe infracción a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”, podemos concluir que dada la amplitud de la redacción de dicha disposición, en realidad el sistema de responsabilidad por daño ambiental chileno, se rige por un sistema objetivo y no subjetivo, en donde la excepción contenida en el art. 52 de la LBGMA, se ha transformado en la regla general del sistema de responsabilidad por daño ambiental en nuestra legislación (39).

(38) FEMENÍAS (2017), p. 387.

(39) Cfr. BERMÚDEZ (2017), p. 398.

(37) BERMÚDEZ (2016), p. 405.

Finalmente, el inc. 2º del art. 52 de la LGBMA, señala que “Con todo, solo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”, lo cual debe entenderse, desde la perspectiva de este autor, que en sede civil, también opera la presunción de responsabilidad establecida en el inc. 1º de la norma indicada, eximiéndose, por ende, al demandante civil de la carga de la prueba respecto del elemento subjetivo, o bien, que desde la perspectiva de la justicia restaurativa establecida en nuestra legislación, en donde primero debe recurrirse a la reparación en una *calidad similar*, es decir, a todas las formas de reparación y medidas de restauración que sean necesarias para conseguir que el medio ambiente dañado vuelva, en la medida de lo posible, a su estado anterior, restableciendo los servicios ambientales que prestaba el medio o elemento ambiental dañado, y que cuando dicha reparación no es posible, debe optarse por la indemnización.

VI. La reparación del daño ambiental

Según lo indican los arts. 3º, 51, inc. 1º, y 53 de la LGBMA, se impone al autor del daño “significativo” al medio ambiente o a uno de sus componentes, la responsabilidad de repararlo en los términos que indica el art. 2º, letra s), de la LGBMA, es decir, “reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”.

En consecuencia, la obligación legal de reparar materialmente los daños causados al medio ambiente, según lo expresa la norma señalada, implicará la ejecución de todas aquellas obras y acciones materiales que permitan en lo posible volver el medio ambiente o componente ambiental afectado a una “calidad similar anterior al daño” o al menos restablecer sus propiedades básicas, cuando la reparación material del daño causado no sea posible, atendida su naturaleza y su entidad, todo lo anterior, teniendo en consideración que el núcleo de toda pretensión de reparación del daño ambiental causado, consiste en la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente y la conservación del patrimonio ambiental de nuestro país, por

aplicación de lo dispuesto en los numerales 8º y 24, inc. 2º, del art. 19 de la Constitución Política de la República de Chile.

VII. Acciones que emanan del daño ambiental

El art. 53 de la ley 19.300, dispone que, “producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado”.

Como podemos observar, el precepto transcrito contempla dos acciones judiciales; en primer lugar, la acción para la reparación de los daños al medio ambiente o simplemente acción ambiental, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales Ambientales, y en segundo término, la acción para obtener la indemnización de los perjuicios, de naturaleza estrictamente civil extracontractual, que puede ejercer el directamente afectado, sea un particular o el Estado de Chile ante los tribunales civiles correspondientes (40).

VIII. Bibliografía citada

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1983), “De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno”, Ed. Jurídica Ediar-Conosur, Santiago, Chile, 2ª ed., t. I.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2016), “Fundamentos de derecho ambiental”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2ª ed.

Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley 19.300.

CORRAL TALCIANI, Eduardo (2004), “Lecciones de responsabilidad extracontractual civil”, Ed. Jurídica, Santiago, Chile.

FEMENÍAS, Jorge (2017), “La responsabilidad por daño ambiental”, Ed. UC, Santiago, Chile.

(40) Véase el art. 46 de la LTA, en donde se regula el procedimiento de esta acción.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo — RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás (2006), “Curso de derecho administrativo I”, Ed. Civitas, España, 13ª ed.

GUZMÁN ROSEN, Rodrigo (2016), “Derecho ambiental chileno”, Ed. Planeta Sostenible, Santiago, Chile, 2ª reimp.

PEÑA CHACÓN, Mario (2013), “Daño ambiental y prescripción”, *Revista Judicial*, 109, Costa Rica, septiembre 2013 (117-143).

PEÑA Y LILLO DELAUNOY, Cristián (2019), “Conceptualización del daño ambiental y la

integración del valor de los servicios ecosistémicos en las resoluciones judiciales”, *Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Actualidad Jurídica*, 40, Santiago, Chile (531-544).

YÁGUEZ, Ricardo de Ángel *et al.* (2008), “Tratado de responsabilidad civil”, Ed. Bosch, Madrid, España, 1ª ed., t. I.

VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael (2010), “El Derecho Ambiental, presente y pasado”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

La bioética y el bioderecho en el ordenamiento jurídico cubano

Alcides F. Antúnez Sánchez (*)

Leaned Matos Hidalgo (**)

Manuel Felipe Ledea (***)

Sumario: I. Introducción.— II. Un breve estudio del marco jurídico internacional en la bioética y el bioderecho desde el derecho internacional.— III. La bioética y el bioderecho en el ordenamiento jurídico cubano.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

En los últimos años la humanidad ha sido testigo de una notable dinámica social, la que ha ocasionado que haya venido cambiando de manera vertiginosa la relación del hombre con el ambiente. Los avances científicos y tecnológicos logrados han dado como resultado que la sociedad sea cada día más libre, plural, informada, autónoma, participativa y consciente de sus derechos. Por ello, es de relevancia señalar que históricamente se habla de cuatro generaciones de derechos humanos: primero los derechos civiles y políticos durante la segunda mitad del siglo XIX; posteriormente los derechos económicos, sociales y culturales en la primera mitad del siglo XX; después, los derechos ecológicos y a un medio ambiente sano en la segunda mitad del siglo XX; y ahora se habla de una

última generación de derechos relacionados con los avances científicos y tecnológicos en el siglo XXI (1).

En efecto, la bioética es considerada en el ámbito académico como una disciplina, su origen se debe al neologismo creado por Potter, quien entre sus profesiones como bioquímico, oncólogo e investigador en Norteamérica, tiene el mérito científico de acuñar el término bioética (*bios*: vida y *ethos*: ética), con el fin de mostrar la necesidad de reorientar la filosofía práctica de la vida, y para profundizar en su significado (2).

Por supuesto, esta disciplina expresa la maduración del pensamiento contemporáneo propiciado por el auge que adquirió el desarrollo alcanzado de estas ramas en las décadas del 60 y el 70 del pasado siglo, y los impactos negativos en las sociedades industrializadas al ambiente. Su estudio muestra una creciente aceptación académica y social en la actualidad, pues la visión biomédica que inicialmente le estampó a la disciplina propuesta por el Kennedy Institute of Ethics de la Universidad de Georgetown en Washington, por ello, la idea originaria de

(*) Máster en Asesoría Jurídica mención ambiental. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental e Internacional Público en la Disciplina de Empresas. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba.

(**) Licenciada en Derecho. Profesora Asistente Derecho Penal y Teoría en la Disciplina Penal. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba.

(***) Dr. en Medicina. Especialista de 2do Grado en Medicina Legal. Profesor Auxiliar Medicina Legal. Profesor Principal Universidad de Ciencias Médicas. Profesor Auxiliar de la Disciplina Penal. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba.

(1) ONU (1948), Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III).

(2) POTTER, V., "Bioethics Bridge to the Future", Ed. Prentice-Hall, EUA, 1971, ps. 1-2.

Potter cobra fuerza y se percibe a la bioética como una materia que promueve la integración de los valores, el conocimiento y la práctica. En América Latina este nuevo saber irrumpe en los círculos académicos, con pertinencia en el sector biomédico, y en su desarrollo irrumpe en la formación jurídica en la carrera de Derecho como legado para las generaciones futuras para formar un profesional con competencias.

II. Un breve estudio del marco jurídico internacional en la bioética y el bioderecho desde el derecho internacional

II.1. Antecedentes

Los fundamentos filosófico-jurídicos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos desde el derecho internacional se valora que expresa con rigor y profundidad las cuestiones fundamentales acerca de los derechos del hombre y así mismo, enuncia con claridad que se trata de derechos inherentes al ser humano desde el ámbito internacional. Este hecho histórico jurídico acontecido en París en el año 1948, ocurre después de largas negociaciones entre los países que entonces formaban la Organización de las Naciones Unidas en este momento analizado (3).

Por esta razón se valora que, la Declaración de los Derechos Humanos constituye la corriente clásica y realista del iusnaturalismo. Por ello, paradójicamente el siglo XX fue el siglo que ha visto gestar la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. El recorrido del siglo XX, ha resultado un tiempo que ha presenciado, como pocos momentos de la historia humana, atentar dramática y cruelmente contra la vida y la dignidad del hombre (4).

Para una mejor comprensión será analizada los aportes teóricos, entre estos el artículo "Utilitarismo y derechos naturales" de Hart al afirmar: "Es claro que se necesita urgentemente una teoría de los derechos. Durante la última mitad de siglo la inhumanidad del hombre para con el hombre ha sido tal que las más básicas y elementales libertades y protecciones les han sido denegadas a innumerables hombres y mujeres, culpables tan solo por haber exigido esas

libertades y protecciones para sí mismos y para otros, resultando que en ocasiones estas se les han negado con la pretensión espuria de que tal denegación era demandada por el bienestar general de una sociedad. De esta manera, la defensa de una doctrina de los derechos humanos básicos que limite lo que un estado puede hacer con sus ciudadanos parece ser lo que más urgentemente requieren los problemas políticos de nuestro tiempo" (5).

La opinión del profesor García Máynez al ilustrar la diversidad de visiones que existen al acercarse al iusnaturalismo: La circunstancia de que haya tantas teorías acerca del derecho natural suscita de inmediato un problema: ¿puede hablarse del iusnaturalismo como de una posición teórica unitaria, en el sentido en que hablamos de la postura antitética? Mi opinión es que, si bien no hay una, sino múltiples, casi siempre discrepantes, concepciones en torno de lo que se denomina —con término muy ambiguo— derecho natural, debemos, no obstante, preguntarnos por el elemento que, pese a tales discrepancias, permite englobar las mencionadas corrientes bajo un solo rubro y contraponerlas al positivismo jurídico (6).

Por esta razón se arguye que unir los saberes de la bioética y el derecho es pertinente, no para juridificar a la primera, sino para entender los valores constitucionales y los principios generales de las naciones civilizadas como acuerdo mínimo de la Declaración de Derechos Humanos y de las demás declaraciones internacionales y convenios que forman parte del acervo común, de aquí su reconocimiento en los textos constitucionales. De modo que, se pondera que los Derechos Humanos constituyen a la vez la base jurídica y el mínimo ético irrenunciable sobre los cuales se asientan las sociedades democráticas desde el Derecho Internacional. De esta manera se han irradiado a los textos constitucionales de las naciones que lo han concebido en sus ordenamientos jurídicos, hoy con el uso

(5) HART, H., "Utilitarismo y derechos naturales", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003; HART, H., "El concepto de Derecho", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

(6) GARCÍA MÁYNEZ, E., "Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo", Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 1999.

(3) DUDH.

(4) *Ibid.*

de las tecnologías de la informática y las comunicaciones (TIC) a mayor velocidad (7).

En este estudio se aprecia cómo Jahr, llamado el “Padre de la bioética”, utiliza por primera vez la palabra en el año 1927, este suceso quedó sentado en editorial de la revista alemana de ciencias naturales *Kosmos* (8). Después en otras publicaciones este autor estudiado mencionó un “imperativo bioético” que representaba el imperativo categórico del legado de Kant (9).

La historia sigue develando que, a raíz de los grandes avances tecnológicos en el área de las ciencias de la salud, en la década de los 70 del pasado siglo, surgió una nueva disciplina en la que convergieron tres ciencias principalmente integrando contenidos desde la filosofía, la medicina y el derecho. Esta nueva disciplina se le llamó bioética (10).

Para el desarrollo de este artículo, se constata como otros autores le atribuyen el mérito científico al bioquímico estadounidense Potter, sobre la paternidad del término “bioética”, el autor estudiado lo utilizó por primera vez en su artículo “Bioética: La ciencia de la supervivencia”, publicado en 1970 y luego lo confirma en su libro: “Bioética: Puente hacia el futuro”, publicado en 1971. Se señala que este autor estudiado fue quien acuñó la palabra uniendo los vocablos griegos *bios*, que significa vida, y *ethos*, que significa comportamiento o costumbre. Etimológicamente se trata de la “ética de la vida” (11).

Este autor estudiado, en su obra “Bioethics Bridge to the Future”, definió la bioética como una disciplina de encuentro de saberes para al-

(7) Véase, BOBBIO, N., “El futuro de la democracia”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993; PÉREZ LUÑO, A., “Las generaciones de derechos humanos”, *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 2013, No. 1: FERRAJOLI, L., “Democracia y garantismo”, Ed. Trotta, España, 2010.

(8) JAHR, F., “BioEthik: Eine Umschau über die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze”, *Kosmos: Handweiser für Naturfreunde* n. 24, 1927, ps. 2-4.

(9) KANT, I., “Kritik der reinen Vernunft. Bände”, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968, ps. 4-5.

(10) ABEL I FABRE, F., “Bioética: Orígenes, presente y futuro”, Ed. Mapfre, España, 200.

(11) POTTER, V., ob. cit.

canzar una nueva cultura de la supervivencia: “La humanidad está urgentemente necesitada de un nuevo saber que proveerá el conocimiento de cómo usar el conocimiento, para la supervivencia del hombre y para el mejoramiento de la calidad de vida (...). Una ciencia de la supervivencia debe ser más que una ciencia particular, y por lo tanto propongo el término bioética para recalcar sus dos más importantes ingredientes para alcanzar ese nuevo saber que se requiere con urgencia: conocimiento biológico y valores humanos” (12).

El autor estudiado refiere en sus apuntes que la Bioética en sus inicios surge como un intento de establecer un “puente” entre el saber científico y el saber humanístico-moral, este puente se establece entonces como el único camino de solución posible ante el proceso científico y tecnológico indiscriminado que pone en peligro la humanidad y su propia supervivencia. En este contexto, la ética no solo debe referirse al ser humano, sino que se debe extender a la vida en general. La aplicación de cualquier conocimiento científico puede tener consecuencias irreversibles para la humanidad al concentrar la biotecnología en poder de unos pocos (13).

Esto nos lleva a revisar como en los Estados Unidos de América, la labor del movimiento bioético tiene su inicio en la década del 70, fue un fenómeno sociocultural caracterizado por un *bios* tecnológico, un *ethos* secular. Se distinguió por la tecnificación de la vida y la liberalización de la moral sustentada en la racionalidad humana. De lo anterior resulta que, en el año 1978, se definiera por primera vez el término “bioética” como “El estudio sistemático de la conducta humana en el campo de la ciencia de la vida y la salud, analizada a la luz de los valores y principios morales” (14).

Al consultar en el desarrollo del artículo al Diccionario de la Lengua española, se aprecia cómo este define la Bioética: “disciplina científica que estudia los aspectos éticos de la medicina

(12) *Ibid.*

(13) *Ibid.*

(14) BOLADERAS CUCURELLA, M., “Bioética”, Ed. Síntesis, España, 1999.

y la biología en general, así como las relaciones del hombre con los restantes seres vivos" (15).

Así pues, en su avance en el año 1988, nace una nueva etapa de la bioética llamada por Potter como "bioética global". En esta etapa se sistematizan las ideas referentes a la construcción de un nuevo puente que una a la ética médica y la ética medioambiental considerando al bienestar humano en el entorno del respeto por el medio ambiente y la naturaleza (16).

Otros autores estudiados para conformar el artículo, como Roy, expresa su concepto, y señala "La bioética es el estudio interdisciplinar del conjunto de condiciones que exige una gestión responsable de la vida humana en el marco de los rápidos y complejos progresos del saber y de las tecnologías biológicas" (17).

Reich puntualiza desde su posición que la bioética es "El estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y de los cuidados de la salud, en la medida en que esta conducta se examine a la luz de los valores y principios morales" (18).

Por consiguiente, la definición de bioética desde la postura de Reich en la *Encyclopedia of Bioethics*, durante décadas se constata como resultó ser la más divulgada y aceptada: Estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de salud, en tanto dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales. La bioética abarca la ética médica, pero no se limita a ella. La ética médica en su sentido tradicional, trata de los problemas relacionados con los valores que surgen de la relación entre médico y paciente (19).

(15) Diccionario de la Lengua Española (2014) 23a edición, Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, Ed. Espasa, España.

(16) Vgr. POTTER, V., ob. cit.

(17) ROY, D., "La biomédecine aujourd'hui et l'homme de demain. Point de départ et direction de la bioéthique", *Le Supplément*, 1979, n. 28, ps. 59-75.

(18) REICH, W., "Encyclopedia of bioethics", Ed. Free Press, EUA, 1978.

(19) WARREN, T., "Introduction. Encyclopedia of Bioethics", Ed. Free Press-Macmillan, New York, 1978, ps. 16-19.

Por ello, se puede aseverar que el progreso que ha tenido la medicina y la biología han ocasionado dilemas éticos para el hombre y para los especialistas, sean estos médicos, biólogos, científicos, filósofos o juristas. La primera toma de conciencia colectiva de los problemas éticos de la medicina por el hombre, datan de la Segunda Guerra Mundial con las revelaciones de los experimentos médicos realizados por el nazismo. El Código de Núremberg de 1947, constituye el primer conjunto de normas internacionales que relacionan la ética médica y los derechos humanos. Las Declaraciones de la Asociación Médica Mundial en Helsinki (1964) en Tokio (1975) y en Manila (1980), se corrobora cómo incidieron en el principio fundamental de que hombres y mujeres no pueden ser un simple objeto para la ciencia (20).

De aquí que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948 haya sido un gran paso en la historia de la humanidad. Desde el Derecho Internacional, es fruto directo de la gran preocupación que dejó la Segunda Guerra Mundial y los horribles abusos cometidos por los nazis (21). También, en la conferencia de Asilomar se ilustran las preocupaciones de la comunidad científica ante la posibilidad de manipular la molécula que contiene información genética o ADN —fue el descubrimiento que impulsó a la biología molecular—, produjo inquietud ante los posibles riesgos derivados de la transferencia de genes (22).

(20) En 1997, el Código de Núremberg fue publicado el 20 de agosto de 1947, producto del Juicio de Núremberg (agosto 1945 a octubre 1946), en el que, junto con la jerarquía nazi, resultaron condenados varios médicos por gravísimos atropellos a los derechos humanos. Dicho texto tiene el mérito de ser el primer documento que planteó explícitamente la obligación de solicitar el Consentimiento Informado, expresión de la autonomía del paciente Adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, junio de 1964 y enmendada por la 29ª Asamblea Médica Mundial, Tokio, Japón, octubre de 1975, la 35ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia, octubre de 1983 y la 41ª Asamblea Médica Mundial, Hong Kong, septiembre de 1989.

(21) DUDH.

(22) En 1975 se convocó una Conferencia internacional de Asilomar para tratar las implicaciones de las nuevas tecnologías entonces disponibles para modificar el genoma de organismos mediante la inserción o eliminación de segmentos de ADN.

Por lo tanto, en este contexto analizado surge la bioética como la disciplina que, desde un enfoque plural, pone en relación el conocimiento del mundo biológico con la formación de actitudes y políticas encaminadas a conseguir el bien social. En la continuidad, la década de los 90, se da paso al surgimiento de la etapa denominada "bioética profunda", donde se exploran los nexos que existen entre los genes y la conducta ética, ya que con el capitalismo los puentes entre los conocimientos empíricos de las ciencias naturales y sociales ya no eran suficientes para garantizar la supervivencia (23). Por ende, se asevera que la bioética es una disciplina interdisciplinar.

Así, para reflexionar sobre la bioética resulta importante el proceso de elaboración y el análisis de las normas que deben regir la acción en lo que se refiere a la intervención técnica del hombre sobre su propia vida. Las normas jurídicas poseen una evidente relación con las morales, aunque no dependen de la ética para su configuración, y a lo largo de los siglos el análisis de estas relaciones ha sido una cuestión central del pensamiento filosófico-jurídico.

Desde la ciencia del Derecho, se aprecia el aporte legado por el catedrático Martín Mateo, uno de los primeros juristas que abordó en España el tema de la relación entre bioética y Derecho al señalar: "Es, pues, necesario que el legislador intervenga ordenando conductas y puntualizando extremos no deducibles sin más de las vagas formulaciones de la bioética, lo que no puede quedar al libre arbitrio e interpretación de profesionales e investigadores". Antes ya había sostenido este autor, frente al antiguo enfoque ético de la práctica médica, que "la tenaz defensa de la ética tradicional que ciertos profesionales de la medicina realizan, olvida en primer lugar que, como enseña la historia, no hay valores inmutables, y por otra parte, y esto es lo definitivo, que una cosa es la moral subjetiva y otra la comunitaria, por lo que no pueden imponerse a otros sacrificios y trastornos invocando dogmas no compartidos" (24).

(23) POTTER, V. R., "Bioética puente, bioética global y bioética profunda", *Cuadernos del Programa Regional de Bioética*, 7, Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud, 1998.

(24) MARTÍN MATEO, M., "Bioética y Derecho", Ed. Ariel, Barcelona, 1997.

Vinculado al tema, también Díez-Picazo, desde su postura como civilista, refiere: "el bien jurídico protegido por el derecho a la vida es el carácter valioso de la vida humana o la convicción de que toda vida humana es digna de ser vivida. El derecho a la vida, según el autor consultado, constituye el soporte físico de todos los demás derechos fundamentales" (25).

Para el profesor Atienza, quien valora sobre el derecho a la vida, la cual la traduce en los siguientes argumentos: 1) El Estado de ninguna manera puede efectuar medidas en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida, a efecto de mantenerlo con vida. 2) El derecho a la vida implica que se tiene derecho a vivir o a morir y que los demás, y, en su caso, el Estado no solo tiene deberes negativos, sino también positivos de garantizarnos la vida. 3) El derecho a la vida solo puede limitarse si su ejercicio afecta derechos fundamentales de terceros o supusiera un riesgo para el sistema democrático, entre otros riesgos igualmente graves (26).

Garrafa, desde la Cátedra UNESCO de Bioética, para quien el trasfondo de la vida no le resulta determinante en su tesis, como en los casos previos refiere que "La bioética es más que la ciencia de la supervivencia, es una herramienta concreta que contribuye en el proceso complejo de discusión y aplicación de problemas" (27).

En contexto, se analiza, además, como los instrumentos jurídicos a partir de la resolución emitida por la Asamblea General de la ONU el 2008, sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se afirmó que esta "desde que se aprobó, ha inspirado al mundo y ha empoderado a mujeres y hombres de todo el planeta para hacer valer su dignidad inherente y sus derechos sin discriminación por motivo alguno". En la actualidad se habla de derechos humanos de cuarta generación, estos nacen a finales del siglo XX, e inicios del presente siglo XXI, se refieren a los avances científicos y tecnológicos,

(25) DÍEZ-PICAZO, L., "Sistema de derechos fundamentales", Ed. Thomson Civitas, España, 2008, 3ª ed.

(26) ATIENZA, M., "Tras la justicia", Ed. Ariel Derecho, España, 2003, ps. 114 y ss.

(27) GARRAFA, V., "Diez años de la Redbioética. Logros y desafíos en la bioética latinoamericana", *Revista Redbioética/UNESCO*, 2013, nro. 2, ps. 17-27.

que son en buena medida los derechos no escritos de la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales, siendo pionera la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Estos derechos humanos son los relacionados con la identidad genética, integridad genética, intimidad genética, el consentimiento informado en la intervenciones relacionadas con la salud, la protección de datos personales, el acceso universal a las nuevas tecnologías, la intimidad informática y el derecho a que se fomente el flujo e intercambio de comunicación **(28)**.

Conlleva a justipreciar en este análisis como el Derecho y la bioética se han unido para dar pie a una nueva disciplina jurídica que sistematiza y da coherencia jurídico-ética a las nuevas realidades que emergen del ámbito de la conducta humana conocida como bioderecho **(29)**. También, se aprecia en su desarrollo como organismos internacionales han aprobado textos como: el Convenio sobre Diversidad Biológica de Río de Janeiro, auspiciado por las Naciones Unidas, o la Declaración de los Derechos de las Generaciones Futuras y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano de la UNESCO, son instrumentos jurídicos que desde el derecho internacional pretenden completar la Declaración Universal de Derechos Humanos **(30)**.

Consecuentemente, se pondera que el Derecho debe estar atento a los cambios científicos tratando de controlar los riesgos potenciales de estos, sin ser un obstáculo a la innovación, sino actuando como elemento de racionalización y de garantía. Sin perder de vista la necesidad de que sus normas están dotadas de la temporalidad limitada que requiere una materia en continua evolución y basadas en el consenso que, idealmente, debe seguir al debate social informado que tanto se preconiza.

Por ello, se justiprecia que la bioética es una categoría-concepto, que tiene diferentes interpretaciones; posee una doble perspectiva, porque contempla una parte clínica o terapéutica que tiene que ver con el curar y el cuidar, y por

otro lado, una práctica relacionada con el ejercicio bioético. Es un esfuerzo para legitimar los saberes prudenciales en la experiencia, les concierne a todos los individuos; por esta razón, es necesario darla a conocer y ponerla en práctica, para tener hábitos que anulen todo lo que vaya en contra de la existencia, porque en la bioética, el asunto es de una actitud positiva con el propósito de apoyar la vida.

Entonces, se puede aseverar que la bioética lucha en favor del respeto por los derechos humanos, de los animales y del ambiente; propugna por la prevalencia del individuo frente al interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia, es transdisciplinaria, global y flexible, se convierte en una excelente oportunidad para que cambie el modo de actuar con el objetivo de potenciar la vida sobre el planeta.

En este *íter* analizado, se aprecia que, desde los pueblos originarios de América del Sur, con un nuevo Derecho Ambiental, aportan la noción de buen vivir o vida buena, es uno de los aspectos estratégicos de la ecología profunda. Ese mandato ético ancestral, retomado por la Ecología profunda, requiere superar la imaginaria del mercado impuesto por la cultura hegemónica desde las naciones industrializadas. Sin embargo, mientras que la bioética en el contexto de las culturas orientales ha tratado de ser recreada desde sus respectivas tradiciones ético-filosóficas. Empero, hay que significar que la bioética en Latinoamérica tiene una deuda pendiente con las culturas originarias **(31)**.

En este estudio, se pondera como la UNESCO ha venido desarrollando una activa presencia internacional en temas de la bioética. La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, se aprecia que resultó en una victoria política y moral del Sur. Su fundamento trasciende los modelos psicologistas anglosajones, así como al modelo personalista europeo, para proponer un sistema de principios mucho más amplio e inclusivo: dignidad humana y derechos humanos; beneficios y efectos nocivos; autonomía y responsabilidad individual;

(28) DUDH.

(29) CASADO GONZÁLEZ, M., "Bioética, Derecho y sociedad", Ed. Trotta, España, 1998.

(30) DUDH.

(31) ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., "La bioética en el pensamiento del legislador ecuatoriano en la protección de la Pacha Mama", *Revista Derecho & Paz* nro. 40, Brasil, 2019.

consentimiento; personas carentes de la capacidad para dar su consentimiento; respeto a la vulnerabilidad humana y la integridad personal; privacidad y confidencialidad, igualdad, justicia y equidad; no discriminación y no estigmatización; respeto a la diversidad cultural y del pluralismo; solidaridad y cooperación; responsabilidad social y salud; aprovechamiento compartido de los beneficios; protección de las generaciones futuras; protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad (32).

En su evolución y desarrollo en el siglo XXI se constata que con el rápido progreso de la tecnología en las ciencias de la salud ha originado su necesidad de regularla. Esta tecnología ha introducido en la sociedad una especie de "medicalización de la vida" y la "juridicidad de la sociedad", ligando de esta manera a la bioética y el Derecho en una especie de simbiosis o unión disciplinaria debido a su transdisciplinariedad. También, se debe señalar que es a partir del 2000, surgen las bioéticas latinoamericanas y africanas, que hablan de pobreza, inequidad, catástrofes en general, como el cambio climático, terremotos, huracanes, tornados, etc., y reflexionan sobre los efectos en los territorios.

II.2. Los aportes desde la filosofía a la bioética

La vida de los organismos de superioridad ética ha sido protegida jurídicamente en su vertiente objetiva desde cientos de años antes de Cristo, puede citarse como ejemplos al Código de Hammurabi (1728 a.C.) y las leyes de la cultura maya en Mesoamérica (400 a.C.), en las que se castigaba a todo el que privaba de la vida a otro (33). Pasarían muchos años para que se declarara en forma expresa el derecho a la vida, se considera que se dio en 1776 con la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y la Declaración de Independencia de Estados Unidos; fueron fuentes de inspiración y precedentes importantes para la Declaración Univer-

sal de los Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789, y las subsecuentes declaraciones de derechos, que fueron solo eso, declaraciones de derechos, es decir, no tenían fuerza ejecutiva. Después de la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de los genocidios ocurridos, se empezaron a garantizar los derechos humanos y las personas tuvieron subjetividad para hacerlos valer, incluyendo el derecho a la vida (34).

Hottois expuso desde su posición que, la participación de la filosofía en la bioética debe ser más formal que sustancial: debe cumplir roles de análisis metaético, corrección lógica y regulación metodológica. La misión de los filósofos en bioética debe consistir en ser más bien "guardianes de la ética de la discusión" (35).

De este modo, queda claro que luego del análisis de esta postura del autor consultado, para los articulistas la bioética no es una ciencia porque no tiene axiomas claros, sino sapiencia, entendida como un discurso que se hace a través de la ciencia. También, se soporta esta determinación en que la bioética no tiene objeto, campo o tema de trabajo: tiene dilemas y problemas. Es concebida como un concepto polisémico que aún puede resistir muchos aportes desde otras ciencias como las humanidades y otras disciplinas y saberes. Por ello, la bioética es pluridisciplinar, se relaciona con técnicas médicas y biológicas; en segundo lugar, con disciplinas llamadas a enfrentar sus puntos de vista, como la ética, el Derecho, la Filosofía o la Teología.

Con ello, se corrobora como la bioética ostenta una tendencia normativa, cuyo análisis ético tiene dos vertientes: la primera trabaja sobre la clarificación y explicación de las posturas éticas, lo cual facilita el debate ético entre las personas involucradas en el problema; la segunda es más normativa y conduce a la toma práctica de decisiones. Hoy en día el derecho a la vida es un derecho fundamental reconocido por casi todas las constituciones modernas en forma expresa o tácita, esta última forma de reconocimiento se da como derecho constitucional no escrito o

(32) Oficina Regional de Ciencia de la UNESCO para América Latina y el Caribe (2008), Programa de base de estudios bioéticos, Montevideo, p. 18.

(33) Véase, Pablo IV (2001) Carta Encíclica, *Humanae Vitae. Sobre la transmisión de la vida humana*, 1ª ed., Ed. San Benito, Italia; HART, H., Utilitarismo y derechos naturales. Universidad Externado de Colombia, 2003; HERVADA, J., "Síntesis de historia de la ciencia del Derecho natural", Ed. EUNSA, España, 2006.

(34) GROS ESPIELL, H., "Bioderecho internacional", Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Ed. Comares, España, 2011.

(35) HOTTOIS, G., "El paradigma bioético. Una Ética para la Tecnociencia", Ed. Anthropos, Barcelona, 1991.

dentro del bloque de constitucionalidad, por estar consagrado en alguna ley de derecho interno o internacional que tiene el rango de Ley Fundamental en los ordenamientos jurídicos.

Se puede aseverar, que la bioética como disciplina autónoma surge a finales del siglo pasado como una necesidad de establecer un control social de las actividades sanitarias, médicas e investigadoras, de aquí su tránsito al bioderecho, el que permite su reconocimiento en normas jurídicas. Queda claro que, el derecho a la vida como todos los derechos fundamentales debe ser interpretado respetando los principios de la interpretación constitucional y de los derechos fundamentales, y no como cualquiera que sea su interpretación jurídica; la cual es proteger y defender lo más valioso que existe para cualquier hombre: su libertad y dignidad, debiendo respetar entonces los principios de coherencia, funcionalidad, eficacia, *in dubio pro libertate, pro homine*, entre otros (36).

II.3. ¿Qué es entonces el bioderecho?

En relación con el bioderecho o biojurídica, como también se le llama, es la consecuencia del desarrollo de la bioética, en el campo de la actuación sanitaria a una legislación que institucionaliza un modelo de relación médico-paciente basada en los derechos del sujeto. Como consecuencia del desarrollo de la bioética, no solo lleva a una legislación que institucionaliza un nuevo modelo de relación médico-paciente basada en los derechos del paciente. Se significa que dentro del contexto español se utilizó con mayor frecuencia el término de biojurídica y dentro del contexto americano se habló de bioderecho (37).

(36) Véase, FERRAJOLI, L., "Sobre los derechos fundamentales y sus garantías", CNDH, México, 2007, p. 8; TEALDI, J., "Bioética de los derechos humanos. Investigaciones biomédicas y dignidad humana", UNAM, México, 2008, p. 59; Díez-PICAZO, L., "Sistema de derechos fundamentales", Ed. Thomson Civitas, España, 2008, 3ª ed.

(37) Confróntese, VILA, M., "Introducción a la biojurídica", Ed. Universidad Complutense de Madrid, España, 1995; OLANO, H. (S.f), "La biojurídica: suma de la bioética y de la acción de tutela", *Revista Jurídica Piélagus*, Universidad Surcolombiana, ps. 77-87; APARISI MIRALLES, Á., "Bioética, bioderecho y biojurídica", *Anuario de Filosofía del Derecho* nro. 24, España, 2007.

El bioderecho es concebido como una disciplina que estudia la conducta de los seres humanos desde el punto de vista de la ética y de la ciencia jurídica, y, ante el desarrollo científico tecnológico que ha alcanzado la humanidad, se encarga de establecer límites y regulaciones en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud (38).

De modo que el bioderecho acentúa que los conflictos éticos y jurídicos surgidos en virtud de la investigación biocientífica deben ser abordados desde dos puntos de vista: los principios y las reglas. Además de lo señalado, y más allá de la regulación de la relación médico-paciente, se desarrolla una legislación que va regulando otros aspectos de la actividad médica, más en la línea investigadora que asistencial, que como también hemos ido viendo contribuye a configurar la posición del sujeto ante los avances científicos de la medicina, y que consagra otros derechos pensados más en relación con la noción misma de persona y su identidad como miembro de la especie humana (39).

En consecuencia, se puede aseverar que como concepto el bioderecho en su definición guarda una gran afinidad con la bioética, y el derecho y la justicia. Se trata, del estudio de los aspectos jurídicos de las mismas temáticas abordadas por la bioética, como: el comienzo de la persona humana; hay persona desde el momento de la concepción o solo podemos hablar de persona en el momento del nacimiento; la protección de la dignidad personal frente al avance tecnológico y biomédico, como en el caso de los pacientes en unidades de cuidados intensivos; la procreación asistida, lo mismo que la inseminación artificial o el alquiler de vientre; la relación sanitaria; el morir humano como elección indi-

(38) Consúltese, ATIENZA, M., "Juridificar la bioética. Isonomía", *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* nro. 8, México, 1998, ps. 75-99; ROMEO CASABONA, C., "Bioderecho y bioética", *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Ed. Comares, España, 2011; SCHAEFER RIVABEM, F., "Bioderecho: ¿una disciplina autónoma?", *Revista Bioética* nro. 25, 2017, ps. 282-289.

(39) Confr. ABOUD CASTILLO, N. - PÉREZ GALLARDO, L., "Las donaciones de órganos y tejidos. Status legal, Bioética desde una perspectiva cubana", Ed. Acuario, La Habana, 2007; GASCÓN, M., "Bioética, principios, desafíos, debates", Ed. Alianza, España, 2008; BLÁZQUEZ, N., "Bioética y biotanasia", Ed. Visión Libros, España, 2010.

vidual, etc. Por otro lado, el bioderecho, en otras ocasiones, remite a cuestiones relacionadas con la legislación referente a cuestiones biológicas vegetales, animales o humanas, y tiene en muchos casos una perspectiva más comercial, relacionada con la biotecnología y las patentes que se producen en este campo (40).

Por tanto, el objeto del bioderecho consiste en establecer un entorno jurídico para normar las relaciones del ser humano en su contexto tanto interno como externo; especialmente, y con los avances de los últimos años, trata temas como: intimidad genética, protección de identidad genómica, aborto, eutanasia, maternidad subrogada, entre otras. Es una respuesta jurídica a los avances científicos y tecnológicos de los últimos años y la necesidad de regulación de las situaciones nuevas que dichos avances nos representan; los reclamos del respeto a la dignidad y la libertad humana encuentran en el bioderecho un excelente aliado. Es interdisciplinar con otros campos del saber. Se integra a ciencias como la genética, la robótica, la nanotecnología, por los problemas que son objeto de su interés que surgen en estas ciencias con los avances que el siglo XXI sigue imponiendo al hombre como ser social en la web 2.0 (41).

El bioderecho, surge como respuesta a los avances del progreso científico y tecnológico vinculados con la problemática de los seres vivos, y representa una simbiosis entre la vida y el comportamiento del ser humano en su entorno natural, que se relaciona con todo aquello relativo a la salud y la dignidad. Es concebido

(40) Para ello, confróntese, OSWALD, U., "El reordenamiento de la naturaleza: Impactos ambientales y sociales de los transgénicos. La vida en venta: transgénicos, Patentes y Biodiversidad", Ed. Bòll, España, 2002; VELÁSQUEZ, J., "El necesario rescate de los conceptos naturaleza y naturaleza humana de cara a los retos de la reflexión en la bioética y el bioderecho", *Revista Facultad de derecho y ciencias políticas* nro. 41, 2011, ps. 401-426; GÓMEZ, J., "Bioética y ecología: los valores de la naturaleza como norma moral", Ed. Síntesis, España, 2012.

(41) Véase, FLORES, F., "Bioderecho", Ed. Porrúa, México, 2004; OLLERO, A., "Bioderecho. Entre la vida y la muerte", Ed. Thomson Aranzadi, España, 2006; FIGUEROA, G., "Bioderecho. Enciclopedia de Bioderecho y Bioética", Ed. Comares, España, 2011; MAZO ÁLVAREZ, H., "El Bioderecho: La respuesta jurídica a los problemas que plantea la bioética", *Revista Producción + Limpia*, 2014, nro. 9, ps. 74-88; SCHAEFER RIVABEM, F., ob. cit.

como la respuesta jurídica a los problemas de la bioética; debemos dejar claro que no es una herramienta absolutamente técnica. Se convierte en el aliado más cercano de la bioética y se convierte en su herramienta jurídica, para defender la humanidad de un tecnicismo y un cientificismo que en muchas ocasiones amenazan incluso nuestra propia supervivencia, de aquí la pertinencia de cumplir los principios (42).

Por esta razón, se considera que la función que poseen los principios del bioderecho es emplazar, a nivel legislativo y constitucional, un fundamento jurídico para la protección de la privacidad de la persona. Es la base de los bioderechos individuales, los cuales pueden ser descritos como la tensión entre los derechos individuales para con el propio cuerpo, la protección de esos derechos por parte del Estado, y la determinación de los límites de esos derechos. Ello significa que, el bioderecho, entiende la autonomía individual como mediada por el espacio público. Por lo tanto, el bioderecho puede ser definido como una expresión de moralidad política (pública) e integridad legal, como se señala desde el Derecho Internacional y se desarrolla en la Ley fundamental.

De lo anterior señalado, se aprecia como la mayoría de los países europeos interpretan los principios del bioderecho a la luz de los derechos humanos. De esta manera, el bioderecho se constituye obligatoriamente en materia constitucional. La mayoría de las constituciones europeas protegen explícitamente la integridad y dignidad de la persona y algunas señalan los principios del bioderecho y sus implicaciones como susceptibles de ser interpretados constitucionalmente. Representa un referente válido para deliberar en torno a la viabilidad legal de los alcances de la biotecnología, especialmente acerca de aquellas técnicas biotecnológicas que van más allá de la terapia y, como tales, despliegan un entendimiento reduccionista y determi-

(42) Consúltese, JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., "Derecho, bioética y bioderecho, un cruce de caminos para un derecho emergente: el derecho a ser informado en la asistencia biomédica. Dilemas bioéticos actuales: Investigación biomédica, principio y final de la vida", Ed. Dykinson, Madrid, 2012; VALDÉS, E., "¿Qué es el bioderecho? Propuesta metodológica y doctrinaria para resolver problemas jurídicos de última generación. Estudios acerca del derecho de la salud II", Ed. Thomson Reuters-La Ley, Argentina, 2018.

nista del ser humano: por un lado, lo reducen a un conjunto de códigos genéticos que es necesario descifrar y mejorar; por otro, buscan pre-determinar la biología humana, modificando su composición genética (43).

Por esta razón argüida, en 1993, la UNESCO crea el Comité Internacional de Bioética, y se producen documentos jurídicos como la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos, en 1997; la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, del 2003, y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos del 2005 (44).

III. La bioética y el bioderecho en el ordenamiento jurídico cubano

Iniciaremos el análisis señalando que al igual que en muchas partes de Latinoamérica, la disciplina estudiada hace su entrada institucional en las carreras de las ciencias médicas. Por ende, la gestación, origen y evolución de la bioética en Cuba lo marca el ciclo de conferencias realizadas por Bravo Matarano en el año 1983, a partir de los "Problemas filosóficos de la medicina" y concluyen en 1987; aunque se destaca en este estudio las tangencias con la disciplina desde otros saberes, sin dejar de reconocer los aportes anteriores de otros autores cubanos del siglo XIX o de inicio y mediados del XX cuyo pensamiento percibe puntos de convergencia con la propuesta potteriana (45).

Sin embargo, algunos autores afirman que fue Acosta Sariego en artículo publicado en 1986, titulado "En torno a la orientación filosófica de la bioética" es utilizada por vez primera, por un autor cubano en una memoria escrita el término bioética (46). Retomando el estudio sobre el de-

sarrollo de la bioética en Cuba, se aprecia como coinciden varios autores, que ella no ha sido periodizada aun de manera adecuada. Pero sí existen textos científicos que recogen los hechos que caracterizan a la bioética, los cuales aparecen ordenados cronológicamente, pero no se percibe en ellos escisiones por etapas, ni se percibe de manera diáfana que condicionantes inciden en el paso de una etapa a otra (47). Se destaca además la obra "Los árboles y el bosque"; texto y contexto bioético Acosta Sariego y su tesis sobre el Pensamiento bioético cubano. Tendencias y características distintivas, las que en mayor profundidad muestran la descripción de los sucesos que han venido condicionando a la disciplina procura en las mismas revelar las tendencias del pensamiento bioético cubano (48).

Como consecuencia de lo acotado, se arguye que la trayectoria de la bioética en Cuba no está condicionada por los mismos factores sociales que caracterizan otros contextos foráneos. Las particularidades desde el punto de vista ético, económico, cultural, jurídico, religioso, etc., abogan por una bioética que se ajusta a las circunstancias de un país económicamente actualizado a algunos avances científicos, pero con índices de educación y salud comparables con los que muestran las naciones industrializadas y con una imagen de justicia y equidad, reconocidos desde el bioderecho.

De modo que, el primer período caracterizado por la asimilar el nuevo saber analizado comprende el lapso temporal de 1983-1991, en el cual prevaleció el tratamiento de problemas éticos que se daban en la rama sanitaria sin aun profundizar en la bioética como disciplina académica desde la ciencia del Derecho. Se destacan autores como Fung Riverón, quien caracteriza desde su posición la identidad de la bioética en su novedad y compleja urdimbre de interrelaciones: "el saber bioético está en plena construcción" uno de los elementos característicos de dicho saber es conocer la vinculación entre la concepción y la instrumentación, en lo

(43) ABOUD CASTILLO, N. - PÉREZ GALLARDO, L., ob. cit.; VALDÉS, E., "Bioderecho, daño genético y derechos humanos de cuarta generación", Boletín Mexicano de Derecho Comparado No. 144, 2015.

(44) ONU (2005), Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, Adoptada por la conferencia general de la UNESCO el 19/10/2011.

(45) BRAVO MATARANO, E., "La ética del científico en Cuba. Bioética desde una Perspectiva Cubana", Ed. Félix Varela, Cuba, 1998.

(46) ACOSTA SARIEGO, J. et al., "Bioética desde una perspectiva cubana", Centro Félix Varela, La Habana, 1997.

(47) ACOSTA SARIEGO, J. et al., "El escenario postmoderno de la Bioética. En Bioética desde una perspectiva cubana", Centro Félix Varela, La Habana, 1997.

(48) ACOSTA SARIEGO, J., "Los árboles y el bosque. Texto y contexto bioético cubano", Ed. Centro Félix Varela, La Habana, 2009.

cual se diferencia de gran parte de la filosofía contemporánea. Su carácter global y local lo emparentan de modo cercano con el ambiente, y padece de las mismas dificultades operacionales que aquejan a este último, a la vez que conjuga, también como él, lo teórico y lo empírico, lo absoluto y lo contaminado con ciencias diversas, la circularidad de sus conceptos y su papel mediatorio tanto horizontal como de modo vertical (49).

Otro estudioso, que ha aportado a la elaboración del artículo es Delgado Díaz, catalogado como el pionero en Cuba de la interpretación de la bioética como un nuevo tipo de saber, ha sido capaz de darle contenido a ese aserto original de Potter en un novedoso enfoque de cómo comprender el conocimiento a través del prisma de los valores y la integración del nuevo saber y la ruptura con la racionalidad clásica realizada en conjunto con la epistemología de segundo orden, el pensamiento de la complejidad y el holismo ambientalista. Es significativo que, la propuesta de un nuevo saber desde la práctica de la vida la bioética holística de Potter, coincidiera en su versión definitiva con las ideas elaboradas en el ambientalismo, y se proyectase así, como una ética ambiental, ecológica (50).

En cuanto el progreso normativo que ha tenido el bioderecho, conlleva a estudiar el ordenamiento jurídico, a partir del texto supremo.

Constitución de la República de Cuba de 1976	Art. 27	<i>Para asegurar el bienestar de los ciudadanos, el Estado y la sociedad protegen la naturaleza. Incumbe a los órganos competentes y además a cada ciudadano velar porque sean mantenidas limpias las aguas y la atmósfera, y que se proteja el suelo, la flora y la fauna.</i>
	Art. 42	Reciben <i>asistencia médica</i> en todas las instalaciones hospitalarias
	Art. 49	Todos tienen derecho a que se atienda y proteja su salud. El Estado garantiza este derecho: — con la prestación de la asistencia médica y hospitalaria gratuita, mediante la red de instalaciones de servicio médico rural, de los policlínicos, hospitales, centros profilácticos y de tratamiento especializado; — con la prestación de asistencia estomatológica gratuita; — con el desarrollo de los planes de divulgación sanitaria y de educación para la salud, exámenes médicos periódicos, vacunación general y otras medidas preventivas de las enfermedades. En estos planes y actividades coopera toda la población a través de las organizaciones sociales y de masas.
Dec. ley 54 de 1982. Disposiciones sanitarias Básicas		
Ley 41 de 1984, Ley de la Salud Pública.		
Dec. 139, Reglamento de la Ley de la Salud Pública		
Ley 33 de Ley del Medio Ambiente y los Recursos Naturales		
Ley 62, Cód. Penal		

La segunda etapa analizada estuvo caracterizada por la institucionalización de la disciplina y abarca el espacio temporal entre 1990 y 2000. Esto nos lleva a apreciar como la segunda mitad de la década del 90 muestra un mayor acercamiento hacia las preocupaciones ambientales suscitado por la divulgación de la visión holística que enarbola Potter sobre la disciplina, además, por la ma-

(49) FUNG RIVERON, T., "La bioética: ¿un nuevo tipo saber? Bioética para la sustentabilidad", Ed. Acuario, La Habana, 2002.

(50) DELGADO DÍAZ, C., "Cognición, problema ambiental y bioética. Bioética. Para la sustentabilidad", Ed. Acuario, La Habana, 2002.

duración que va adquiriendo el pensamiento bioético en nuestras academias. La perspectiva global y ambientalista adquiere en este período un rol protagónico por la profundidad de sus análisis y por lo significativo de sus aportes al debate bioético nacional. Por lo que se refiere al orden normativo, se emiten las disposiciones jurídicas, en el cual se reforma el texto supremo.

Constitución de la República de Cuba de 1976, reformada en 1992	Art. 27	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. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política. <i>Es deber de los ciudadanos, contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza.</i>
	Art. 50	Todos tienen derecho a que se atienda y <i>proteja su salud</i> . El Estado garantiza este derecho: con la prestación de la asistencia médica y hospitalaria gratuita, mediante la red de instalaciones de servicio médico rural, de los policlínicos, hospitales, centros profilácticos y de tratamiento especializado; con la prestación de asistencia estomatológica gratuita; con el desarrollo de los planes de divulgación sanitaria y de educación para la salud, exámenes médicos periódicos, vacunación general y otras medidas preventivas de las enfermedades. En estos planes y actividades coopera toda la población a través de las organizaciones de masas y sociales.
Dec.-ley 54 de 1982. Disposiciones sanitarias básicas		
Ley 41 de 1984. Ley de la Salud Pública		
Ley 62, Cód. Penal		
Dec. 139 de 1989. Reglamento de la Ley de la Salud Pública		
Ley 81 de 1997, Ley del Medio Ambiente		

En este último momento de evolución del pensamiento bioético que comprende los años del 2000 al 2020, se aprecia en el ordenamiento jurídico otra reforma del texto supremo.

Constitución de la República de Cuba de 1976, reformada 2002	Art. 27	El Estado protege el <i>medio ambiente y los recursos naturales</i> 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. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política. <i>Es deber de los ciudadanos, contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza.</i>
Ley 62, Cód. Penal		
Ley 41 de 1984. Ley de la Salud Pública		
Ley 81 de 1997. Ley del Medio Ambiente.		
Dec.-ley 54, Disposiciones sanitarias básicas		

Como continuidad, en la actualización del modelo económico social, se aprueba una nueva Constitución en el ordenamiento jurídico cubano, y se emiten nuevas disposiciones legales concomitantes con la bioética y el bioderecho.

Constitución de la República de Cuba de 2019	Art. 8º	Lo prescrito en los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba forma parte o se integra, según corresponda, al ordenamiento jurídico nacional. La Constitución de la República de Cuba prima sobre estos tratados internacionales.
	Art. 40	<i>La dignidad humana es el valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes.</i>
	Art. 41	El Estado cubano reconoce y garantiza a la persona el goce y el ejercicio irrenunciable, imprescriptible, indivisible, universal e interdependiente de los derechos humanos, en correspondencia con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación. Su respeto y garantía es de obligatorio cumplimiento para todos.
	Art. 42	<i>Todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana.</i> Todas tienen derecho a disfrutar de los mismos espacios públicos y establecimientos de servicios. Asimismo, reciben igual salario por igual trabajo, sin discriminación alguna. La violación del principio de igualdad está proscrita y es sancionada por la ley.
	Art. 46	Todas las personas tienen derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, la salud, la educación, la cultura, la recreación, el deporte y a su desarrollo integral.
	Art. 54	<i>El Estado reconoce, respeta y garantiza a las personas la libertad de pensamiento, conciencia y expresión. La objeción de conciencia no puede invocarse con el propósito de evadir el cumplimiento de la ley o impedir a otro su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos.</i>
	Art. 69	El Estado garantiza el derecho a la seguridad y salud en el trabajo mediante la adopción de medidas adecuadas para la prevención de accidentes y enfermedades profesionales.
	Art. 72	<i>La salud pública es un derecho de todas las personas y es responsabilidad del Estado garantizar el acceso, la gratuidad y la calidad de los servicios de atención, protección y recuperación.</i> El Estado, para hacer efectivo este derecho, instituye un sistema de salud a todos los niveles accesible a la población y desarrolla programas de prevención y educación, en los que contribuyen la sociedad y las familias. La ley define el modo en que los servicios de salud se prestan.
	Art. 75	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. <i>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.</i>
	Art. 76	<i>Todas las personas tienen derecho al agua.</i> El Estado crea las condiciones para garantizar el acceso al agua potable y a su saneamiento, con la debida distribución y el uso racional.
Art. 77	<i>Todas las personas tienen derecho a la alimentación sana y adecuada. El Estado crea las condiciones para fortalecer a seguridad alimentaria de toda la población.</i>	

Ley 41 de 1984. Ley de la Salud Pública
Ley 59 de 1987. Código Civil
Ley 62 de 19, Código Penal
Ley 81 de 1997, Ley del Medio Ambiente
Dec. 139 de 1989. Reglamento de la Ley de la Salud Pública
Dec.-ley 54 de 1982. Disposiciones Sanitarias Básicas
Ley 124 de 2017. Ley de Aguas terrestres
Ley 118 de 2014. Ley de la Inversión Extranjera

III.1. La formación jurídica en bioética y bioderecho en la carrera de Derecho en la Universidad de Granma desde la disciplina de Derecho Civil y Familia

El siguiente punto de análisis, para demostrar cómo se ha ejecutado la formación académica en bioética y bioderecho; al revisar la bibliografía para conformar el artículo, se aprecia como inicia su inclusión en el curso académico 1978-79 en la asignatura Ética y Deontología Médica en los estudios de ciencias médicas en la nación cubana. De modo que, aparece por primera vez en la historia de la educación médica cubana como una materia independiente para todas las carreras en los estudios de las ciencias de la salud (51). Ella era impartida por profesionales de las ciencias médicas y juristas del sistema de salud en las aulas universitarias.

En consecuencia, en el campo del derecho de la salud, en relación con el bioderecho, se ha reafirmado la voluntad de protección del embrión y la maternidad, en el establecimiento de unos mínimos exigibles a todos, que permitan la libertad de elección sin perjudicar a terceros o al bien común. Los límites del aborto electivo los han fijado las regulaciones administrativas del Ministerio de Salud Pública (MINSAP).

En la revisión de los actos administrativos internos emitidos por el MINSAP, se valora por los autores del artículo, como fijan lo que se considera en Cuba como la frontera de la sustantividad constitucional del embrión y, por tanto, de la obligación de los deberes de justicia y no maleficencia para con él; representa un curso intermedio de acción entre las posiciones extremas en juego a modo de solución en tanto la ciencia y la moral continúan hurgando en la esencia del origen de la vida humana.

Otra faceta es que el MINSAP ha dispuesto también en actos administrativos en los conflictos éticos del principio de la vida se expresa en el uso de las tecnologías que favorecen la reproducción humana en relación con la bioética. En Cuba las técnicas de reproducción humana asistida por el bioderecho están a disposición de todas las parejas que lo requieran. La actitud generalizada se inclina a aceptar la licitud moral del uso de estas técnicas en tanto la infertilidad puede ser asumida como discapacidad y fuente de sufrimiento para la pareja, así como la búsqueda de ayuda médica como constitutiva de acto de amor conyugal. El Sistema Nacional de Salud Pública garantiza el acceso universal a todos los que requieran de estas tecnologías.

Por tanto, se justiprecia que en Cuba las técnicas de reproducción humana asistida por las regulaciones del bioderecho están a disposición de todas las parejas que lo requieran. La actitud generalizada se inclina a aceptar la licitud moral del uso de estas técnicas en tanto la infertilidad puede ser asumida como discapacidad y fuente de sufrimiento para la pareja, así como la búsqueda de ayuda médica como constitutiva de acto de amor conyugal.

(51) MARTÍNEZ GÓMEZ, J., "Ética profesional y Deontología médica: una reflexión sobre el estado de la cuestión en Cuba", *Revista Bioética*, 2015.

Otro de los temas bioéticos que preocupó y ocupó a los autores cubanos que han estudiado el tema de la bioética fue el de la determinación de la muerte a inicios del siglo XXI, el proceso del morir y el sustento moral de las decisiones médicas al final de la vida. De ahí la trascendental importancia de la promulgación de la res. 90 del MINSAP del 2001, acerca de la determinación de la muerte que resultó consecuencia directa de este debate bioético y del bioderecho. De modo que, este instrumento legal se señala que viene a llenar cierto vacío, dado que el Código Civil cubano (52), en lo que algunos juristas consideran un enfoque legislativo muy avanzado dejado en manos del MINSAP en relación con la adopción de los criterios pertinentes para el diagnóstico de la muerte humana.

Lo validan los estudios de varios autores que han abordado el tema desde varios saberes como Tejeda del Prado (53), Torres (54), Freyre (55), Funes-Monzote (56), entre otros. En consonancia con este proceso ocurrido en el MINSAP, en la carrera de Derecho luego de haber transitado por profundas transformaciones curriculares en modificaciones de los Planes de Estudio por los planes "A", "B", "C", "C" perfeccionado y plan "D", caracterizada por el perfeccionamiento continuo de la Educación Superior cubana (MES). La asignatura de Bioética y Derecho Civil y Familia, aparece por vez primera en el Plan de Estudios D del MES en su malla curricular (57), con un fin, fomentar la formación jurídica en los temas bioéticos y del bioderecho, con la cualidad de ser una materia optativa, fuera del currículo básico, vinculada a la disciplina de Derecho Civil y Familia.

(52) Ley 59 de 1987, Cód. Civil.

(53) TEJEDA DEL PRADO, L., "Identidad y crecimiento humano", Ed. Gente Nueva, La Habana, 1999.

(54) TORRES, R., "Glosario de bioética", Ed. Acuario, La Habana, 2001.

(55) FREYRE, E., "La bioética: enfoque imprescindible. Por una nueva ética", Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

(56) FUNES-MONZOTE, F., "Transgénicos: ¿Qué se gana y qué se pierde? Textos para un debate en Cuba", Ed. Félix Varela, La Habana, 2009.

(57) Plan de Estudios D del Ministerio de Educación Superior.

En este sentido, en la revisión de bibliografía para el artículo, se constata la evidencia de los autores cubanos que han incursionado en los temas desde la teoría en relación con la bioética y el bioderecho desde las ciencias jurídicas, como Pérez Gallardo (58), Martínez Gómez (59), Valdés Díaz (60), Coll De Pestaña (61), Villavella Armengol (62), entre otros.

De modo que, en su proceso formativo, queda demostrado que el estudiante de la carrera de Derecho, recibe los contenidos en una asignatura optativa, la que se imparte en el tercer año de la carrera en el Plan de estudios E con 48 horas lectivas (63), se abordan temas vinculados a la parte introductoria de la bioética a partir de: la bioética como interdisciplina jurídica, concepto, antecedentes para el Derecho. Principios generales, justicia y no maleficencia, autonomía de la voluntad y beneficencia. Relación con las llamadas "ciencias de la vida". Vinculación con el derecho civil y familia, los derechos inherentes a la personalidad. Dilemas bioéticos contemporáneos. La transexualidad, el derecho a su propia imagen.

Un segundo tema aborda los dilemas entorno a los derechos inherentes a la personalidad desde una perspectiva bioética, sus contenidos se centran en la determinación de la personalidad jurídica civil en la actualidad tecnológica. Los dilemas del inicio de la vida, la protección

(58) ABOUD CASTILLO, N. - PÉREZ GALLARDO, L., ob. cit.

(59) MARTÍNEZ GÓMEZ, J., "Ética profesional y deontología médica: una reflexión sobre el estado de la cuestión en Cuba", *Revista Bioética, Colombia*, 2015.

(60) VALDÉS DÍAZ, C., "Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos, ¿configuración armónica o lucha de contrarios?", *Revista IUS* nro. 29, México, 2012.

(61) COLL DE PESTAÑA, I., "Análisis crítico sobre los efectos del desafío genético en el bienestar de los niños", *Memorias del XII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, MINJUS, La Habana, 2002, p. 160.

(62) VILLABELLA ARMENGOL, C., "La axiología de los derechos humanos en Cuba. Temas de Derecho Constitucional cubano", Félix Varela, La Habana, 2002, ps. 291-300.

(63) Plan de Estudios E (2017), Ministerio de Educación Superior de la República de Cuba.

del concebido, regulaciones sobre la protección del embrión, situación internacional. El diagnóstico de la muerte, el momento de certificación legal de la muerte, concepciones contemporáneas acerca de la muerte encefálica, confirmación de la muerte, implicaciones éticas y jurídicas. Situación internacional acerca de la muerte encefálica. El trasplante de órganos, tejidos y sustancias separadas del cuerpo, características, visión desde el derecho y la filosofía. Situación legislativa del trasplante de órganos en Cuba. Los dilemas al fin de la vida, la eutanasia, la muerte asistida o muerte digna. El consentimiento informado. El derecho a la integridad física. El rol del jurista ante el dilema bioético.

El tercer tema, denominado: bioética y derecho de familia. La reproducción humana asistida, implicaciones éticas y jurídicas. Se analizan contenidos a partir del derecho de familia en relación con la bioética. La reproducción humana asistida, nuevas técnicas reproductivas que irrumpen las instituciones del derecho de familia. Los sujetos de la reproducción humana asistida, la determinación de su acceso, el caso de la esterilidad. ¿Derechos fundamentales vs. derechos individuales? El nexo biológico y el nexo jurídico, la verdad biológica y la filiación paterna en la reproducción humana asistida. La fertilización *post mortem*. Dilemas en torno a la fertilización *in vitro*. Situación jurídica del donante en la fertilización *in vitro*. Peculiaridades de la donación de gametos, la donación de ovocitos y semen. Relación del donante con el concebido, relación entre el donante y el receptor. El anonimato del donante. La maternidad subrogada, concepto, características y posturas filosóficas. Maternidad genética y maternidad uterina. El dilema entre autonomía y justicia, diversas posiciones legislativas. Posición subyacente de la legislación cubana y estado de la reproducción humana asistida en Cuba. El rol del jurista.

En el cuarto tema, se abordan contenidos vinculados a la argumentación de juicios bioéticos a partir de la ética profesional a la bioética aplicada. La condición humana del jurista como eje integrador de su realización profesional. La justicia, la responsabilidad normativa y el deber profesional. Relación entre lo absoluto y lo relativo de acuerdo con el principio de no maledicencia. La autonomía de la voluntad, como

principio del derecho civil y de la bioética, génesis conceptual y aplicabilidad profesional. Autonomía del criterio. La reflexión y el diálogo como herramientas de análisis bioético. El principio de beneficencia y el buen actuar. El sentido de lo lícito, lo bueno y lo justo. Las buenas prácticas y el deber profesional. La hermenéutica jurídica y la convicción profesional como fuentes de la argumentación bioética.

Estos temas permiten a criterio de los articulistas aseverar que, el bioderecho tiene un papel fundamental que cumplir en la bioética. La ética por sí sola no alcanza para asegurar el respeto de la persona y la vigencia de los derechos humanos. Toda vez que la bioética, por su compendio de conocimiento y contenidos interdisciplinarios, procura hoy dar respuesta a los diversos dilemas éticos que plantea el empleo de modernas tecnologías biomédicas en el amplio espectro de la dignidad y calidad de la vida, la integridad física, psíquica y espiritual de la persona, y la atención y cuidado de su salud. La bioética debe estar al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la bioética, todo ello enfocado en el derecho a la vida, salud, integridad física y el respeto a la dignidad de la persona humana.

En su desarrollo, el Plan de estudios E de la carrera de Derecho del MES (64), se demuestra que como asignatura optativa estos contenidos deberán dar respuesta a la necesidad de concebir desde la enseñanza de pregrado un sistema de formación continua de los profesionales, diseñado partiendo de la distinción de los contenidos a impartir en la enseñanza de pre y postgrado, para lo que se requiere de una mejor determinación de las invariantes y su posterior amplitud en un proceso ascendente de superación profesional del jurista (65).

Todos estos elementos abordados *ut supra* luego de la sistematización realizada, permiten argumentar a los articulistas la necesidad de en

(64) Plan de estudios E (2017) de la carrera de Derecho del MES. La Habana.

(65) ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. - RONDÓN VALDÉS, J., "La formación de habilidades en los estudiantes de la carrera de Derecho. Mapas conceptuales. aprendizaje cooperativo. Un recurso indispensable en la formación universitaria", Universidad de Valencia, España, 2016.

cumplimiento del objetivo trazado demostrar la pertinencia de la actualización de los contenidos de la materia optativa Bioética y Derecho Civil y Familia, en cada período lectivo que se desarrolle la materia por su carácter interdisciplinar con temas como:

— *La objeción de conciencia en los procedimientos médicos y sanitarios* en relación con los derechos de los médicos, tema vinculado a la tradición bíblica. En la tradición ético-jurídica occidental, la objeción de conciencia se basa en que todo ser humano tiene derecho a la “libertad” de conciencia, en correspondencia con la Declaración de los Derechos Humanos (66).

— *La ciencia genómica y los paradigmas de la biotecnología* como tercera Revolución Industrial dentro de la *tecnociencias* para el bioderecho. El campo de acción del conocimiento geonómico se extiende a todos los seres vivos: animales, plantas y seres humanos, con el fin de mejorarlos, modificarlos o manipularlos, su aplicación en la salud humana, la medicina genómica, predictiva, molecular, reparativa y anti-envejecimiento.

— *Los derechos de los animales*, transgénesis y enfermedades.

— El poder transformador del impacto ambiental y social (económico y cultural) de sus aplicaciones.

— *La ingeniería genética* en el siglo XXI y el bioderecho.

— *La huella genética* como prueba biológica en el bioderecho.

— *La patentabilidad de las invenciones tecnológicas* en el bioderecho.

— *La información genética y el patrimonio genético*: dimensiones de la intimidad personal y familiar.

(66) Consúltase, CASADO, M., "Fundamentos éticos de las regulaciones sanitarias, objeción de conciencia y normativa bioética española. Dimensiones éticas de las regulaciones en salud", CIEB, Santiago de Chile, 2009, ps. 43-60; MAUTONE, M. — RODRÍGUEZ ALMADA, H., "Objeción de conciencia en el ámbito de la salud", *Revista Médica Uruguaya* nro. 29, Uruguay, 2013, ps. 40-42.

— *La genealogía del bioderecho* y su desarrollo en el ordenamiento jurídico cubano.

— *Las tecnologías de la informática y las comunicaciones* y su impacto en el desarrollo de la bioética y el bioderecho en la web 2.0 con el uso de la internet de las cosas IoE, el *big data*, *cloud computing*, *open data*, la realidad aumentada.

— *La ovodonación* y el bioderecho en Cuba.

— El uso de la *robótica* en los procedimientos médicos y el bioderecho.

En consecuencia, en la carrera de Derecho en la Universidad de Granma hay que resaltar de manera puntual que en las tres modalidades de estudios que interactúan en el modelo del curso diurno, por encuentros y a distancia, en la asignatura han sido desarrollados los contenidos en la actividad formativa por profesores de Derecho de la Disciplina de Derecho Civil y el Médico Legal, los que forman parte del claustro académico. La que esta requerida de su actualización constante.

IV. Conclusiones

Los fundamentos filosófico-jurídicos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos desde el derecho internacional, expresan con rigor y profundidad las cuestiones fundamentales acerca de los derechos del hombre, enuncia con claridad que se trata de derechos inherentes al ser humano desde el ámbito internacional. La bioética surge como un intento de establecer un “puente” entre el saber científico y el saber humanístico-moral, este puente se establece entonces como el único camino de solución posible ante el proceso científico y tecnológico indiscriminado que pone en peligro la humanidad y su propia supervivencia.

La bioética como disciplina, desde un enfoque plural, pone en relación el conocimiento del mundo biológico con la formación de actitudes y políticas encaminadas a conseguir el bien social. El Derecho y la bioética se han unido para dar pie a una nueva disciplina jurídica que sistematiza y da coherencia jurídico-ética a las nuevas realidades que emergen del ámbito de la conducta humana conocida como bioderecho.

La bioética lucha en favor del respeto por los derechos humanos, de los animales y del ambiente; propugna por la prevalencia del individuo frente al interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia, es transdisciplinaria, global y flexible, se convierte en una excelente oportunidad para que cambie el modo de actuar con el objetivo de potenciar la vida sobre el planeta.

La asignatura bioética y derecho civil que se imparte en la Carrera de Derecho de la Universidad de Granma tiene una vital importancia en la formación integral del profesional, debido a

que contribuye a la creación y fortalecimiento de los valores humanismo y respeto a la dignidad humana, lo que conlleva a un ejercicio adecuado de las funciones del jurista en la sociedad actual.

Por otra parte, es necesaria una actualización de los contenidos que se imparten en la asignatura, a raíz de la implementación de un nuevo Plan de Estudios ("E") que contextualiza el proceso de actualización del ordenamiento jurídico cubano, y con ello la revitalización de normas jurídicas en materia de bioética y bioderecho.

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.

f ThomsonReutersLaLey

t @TRLaLey

in ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

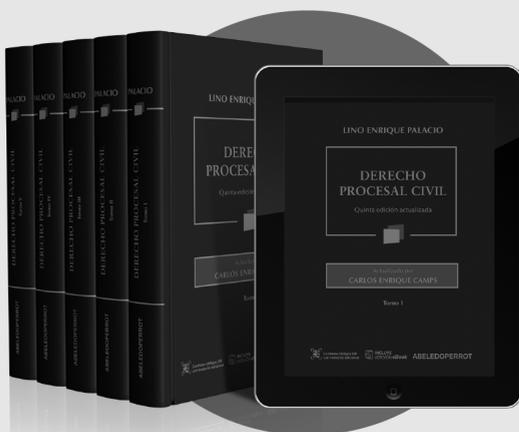
DERECHO PROCESAL CIVIL

QUINTA EDICIÓN ACTUALIZADA

Lino Enrique Palacio
Actualizado por **Carlos Enrique Camps**



2021



Esta obra
contiene
Códigos QR
con material
adicional.



5 Tomos
Disponibles en
papel y eBook.

Esta quinta actualización de la clásica obra de Palacio incorpora las novedades provenientes de las sentencias de las jurisprudenciales relativas al Derecho Procesal Civil argentino de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictadas durante los últimos años. Presenta, además, las novedades respecto del Derecho Procesal Electrónico Civil Nacional que surgen de sentencias y acordadas del Máximo Tribunal, incluyendo las generadas durante la pandemia COVID-19.

La obra contiene 20 acordadas de la Corte Suprema a texto completo que regulan diferentes áreas del Derecho Procesal Electrónico, como la firma electrónica, los trámites digitales y el Sistema Informático de Gestión Judicial, entre otros.

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 

