

ISSN 2314-2251

**CUADERNO DE
DERECHO AMBIENTAL**
PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL

Nº IX

2017

(Embl. Academia) Academia Nacional
De Derecho y Ciencias
de Córdoba

(Embl. Edit) EDITORES
INFORMACIÓN JURÍDICA Sociales

ISSN 2314-2251

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

INSTITUTO DE DERECHO AMBIENTAL
Y DE LOS RECURSOS NATURALES

CUADERNO DE DERECHO AMBIENTAL

Número IX

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
2017

(Embl. Edit) EDITORES
INFORMACIÓN JURÍDICA

Agregar GRÁFICO
Esta obra está bajo una
Licencia Creative Commons
Atribución – NoComercial-Sin Derivar 4.0 Internacional

IJ International Legal Group
Coordinación Editorial: Sebastián Carvajal
Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 PB, Cap. Fed.
CP: 1010
TE: 5276-8001

Impreso en Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

AUTORIDADES
(Período 2016 - 2019)

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
PRESIDENTE

ARMANDO S. ANDRUET
VICEPRESIDENTE

MARCELA ASPELL
SECRETARIA

GUILLERMO BARRERA BUTELER
TESORERO

JUAN CARLOS PALMERO
DIRECTOR DE PUBLICACIONES

EFRAÍN H. RICHARD
REVISOR DE CUENTAS

Dejar espacio

JUAN CARLOS PALMERO
PRESIDENTE HONORARIO

**INSTITUTO DE DERECHO AMBIENTAL
Y DE LOS RECURSOS NATURALES**

**ZLATA DRNAS DE CLÉMENT
DIRECTORA**

**MARÍA ALEJANDRA STICCA
SECRETARIA**

**COMITÉ EDITORIAL
CONSEJO ACADÉMICO**

**RICARDO ALONSO
(UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID-ESPAÑA)**

**LILIAN DEL CASTILLO DE LABORDE
(UNIVERSIDAD NACIONAL DE BUENOS AIRES-ARGENTINA)**

**CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ
(UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS DE MADRID-ESPAÑA)**

**MARÍA TERESA INFANTE
(UNIVERSIDAD DE CHILE)**

**JOSÉ JUSTE RUIZ
(UNIVERSIDAD DE VALENCIA-ESPAÑA)**

MIEMBRO HONORARIO DEL INSTITUTO

ERNESTO J. REY CARO

MIEMBROS TITULARES DEL INSTITUTO

CARMEN DEL VALLE ARÉVALO
RAFAEL CONSIGLI
CRISTINA DEL CAMPO
SUSANA BEATRIZ GALVÁN
MARTA SUSANA JULIÁ
ADRIANA LISTOFFSKY
ALICIA MORALES LAMBERTI
MARÍA INÉS ORTIZ
IRMA PASTOR
LAURA SUSANA RENNELLA
MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ
GLORIA ROSENBERG
GRACIELA ROSA SALAS
MARTA SUSANA SARTORI
MARÍA ALEJANDRA STICCA
GRACIELA TRONCA
MARÍA OFELIA ZAMZEM

MIEMBROS CORRESPONDIENTES DEL INSTITUTO

NÉSTOR CAFFERATTA (Buenos Aires-Argentina)
JOSÉ ALBERTO ESAIN (Mar del Plata-Argentina)
ALDO GUARINO ARIAS (San Rafael-Argentina)
JOSÉ JUSTE RUIZ (Valencia-España)
HUGO LLANOS MANSILLA (Santiago- Chile)
LÍBER MARTIN (Mendoza-Argentina)
MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ (Madrid-España)
MARÍA TERESA PONTE IGLESIAS (Santiago de Compostela-España)
DANIEL SABSAY (Buenos Aires-Argentina)
GIANFRANCO TAMBURELLI (Roma-Italia)
BUDISLAV VUKAS (Zagreb-Croacia)

MIEMBROS ASISTENTES

CARLA DEVALIS
GEORGINA DORONI
YÉSICA YORNET

INDICE

PRESENTACIÓN

PRESENTATION

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

PRINCIPIOS AMBIENTALES Y PROCESO CAUTELAR AMBIENTAL

ENVIRONMENTAL PRINCIPLES AND ENVIRONMENTAL PRECAUTIONARY PROCESS

ALICIA MORALES LAMBERTI

EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN AMBIENTAL Y LA NUEVA ACCIÓN PREVENTIVA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

THE PRINCIPLE OF ENVIRONMENTAL PREVENTION AND THE NEW PREVENTIVE ACTION OF THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE

MARTA S. JULIÁ

EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN. LA CAUSA ROZNIATOWSKY VS ESTADO NACIONAL

THE PRINCIPLE OF PREVENTION. THE CAUSE ROZNIATOWSKY VS NATIONAL STATE

CRISTINA DEL CAMPO

EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO AMBIENTAL. DOS CASOS JURISPRUDENCIALES PARADIGMÁTICOS

PRINCIPLE OF PRECAUTION AS GPEL. TWO PARADIGMATIC JURISPRUDENTIAL CASES

ADRIANA LISTOFFSKY

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN LA LEGISLACIÓN SOBRE USO Y APLICACIÓN DE AGROQUÍMICOS EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN THE LEGISLATION ON THE USE AND APPLICATION OF AGROCHEMICALS IN THE PROVINCE OF CÓRDOBA

RAFAEL CONSIGLI - LAURA SUSANA RENNELLA

EL PRINCIPIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

THE PRINCIPLE OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

MARÍA ALEJANDRA STICCA

EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA AMBIENTAL

THE PRINCIPLE OF PROGRESSIVENESS IN ENVIRONMENTAL MATTERS

JOSÉ ESAIN

PREMIO EN CONCURSO DE MONOGRAFÍAS

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO: SU RECEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA (2003-2017)

THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE: ITS RECEPTION IN ARGENTINE JURISPRUDENCE (2003-2017)

DANIELA MELISA COMASTRI

PRESENTACIÓN
ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

Los miembros del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba han elegido el tema *Principios Generales del Derecho Ambiental* como tópico de trabajo anual para sus actividades del año 2017, ya que el rol normativo de esos principios sigue despertando dudas en ámbitos tribunalicios y discusión en los espacios académicos.

Para la mayoría de los doctrinarios los principios generales de una disciplina constituyen una de las fuentes más ricas y aglutinadoras de esa área jurídica. Lluís Paradell-Trius¹ ha señalado que es difícil dar una definición única y general del estatus legal de los principios generales del derecho ambiental, como también es difícil encasillar el valor normativo de algún principio general en particular. La expresión “principios generales del derecho ambiental” (PGDA) abarca una variedad de principios legales y normas de diferente naturaleza y autoridad normativa. Algunos PGDA están receptados en leyes o convenios internacionales, otros son normas establecidas del derecho consuetudinario internacional de carácter vinculante, mientras algunos son meras reglas emergentes. Incluso, algunos principios tienen un estatus normativo aún menor, pudiendo ser normas interpretativas orientadoras o simplemente aspiracionales. El significado jurídico de los PGDA, sus funciones, sus efectos hacen a su importancia, variando su alcance de conformidad a las circunstancias de cada caso, al contexto y al principio particular de que se trate, por lo que en las reflexiones del grupo de trabajo ha sido de gran importancia el estudio de la jurisprudencia nacional e internacional. Se han realizado abordajes de los PGDA desde una visión integradora general, desde la operatividad de los PGDA, desde la percepción específica de los distintos principios en particular (vg. principio de desarrollo sustentable, principio de prevención, principio de precaución, principio de progresividad, principio de responsabilidad, principio de cooperación, etc.) tanto desde el Derecho internacional como desde el nacional. Entre los tratamientos desde el plano internacional se debatió - tras escuchar la conferencia de la Dra. Andrea Lucas Garín (Heidelberg Center for Latin America, Santiago de Chile)- sobre los *Principios generales del Derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre cambio climático*.

Reforzando la labor del año sobre el tópico, por una parte, se convocó a un concurso de monografías sobre *El Rol normativo de los principios generales del derecho ambiental*, del que resultó ganadora la Abogada Daniela Melisa Comastri, y por otra parte, se llevó a cabo una Jornada de reflexión sobre el tema, organizada conjuntamente por el Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia y la Secretaría de Extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, llevada a cabo en el Salón Alberdi de la referida Facultad, bajo la Co-Dirección de la Dra. Alicia Morales Lamberti y la Directora del Instituto. Tras las palabras inaugurales y una breve referencia a las diferencias entre el rol normativo de los principios generales del derecho ambiental en el derecho internacional y en el derecho interno por parte de la Directora del Instituto, actuaron en calidad de expositores los siguientes Miembros: Alicia Morales Lamberti, Graciela Rosa Salas, Cristina del Campo, Adriana Listoffsky, María Alejandra Sticca, Carmen Arévalo, Irma Pastor de Peirotti y Rafael Consigli.

¹ PARADELL-TRIUS, L. “Principles of International Environmental Law: An Overview”, *RECIEL* 9 (2) 2000, p. 93-96.

Como todos los años, el Cuaderno del Instituto de Derecho Ambiental lleva a los lectores tópicos diferentes, de interés candente, abiertos al debate.

Zlata Drnas de Clément
Directora del Instituto

EL ROL NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL²

THE NORMATIVE ROLE OF THE GENERAL PRINCIPLES OF ENVIRONMENTAL LAW

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT³

Resumen: El trabajo efectúa consideraciones tanto sobre los principios generales del derecho ambiental propios del derecho nacional como sobre los del derecho internacional. Dado que *-prima facie-* es muy diferente la percepción del rol de esos principios en el derecho interno argentino al que le asigna el derecho internacional, el artículo, en primer lugar, se ocupa de los principios de derecho ambiental desde el derecho interno, para luego centrarse en el derecho internacional.

Palabras-clave: Principios generales del derecho ambiental - Rol en el Derecho interno - Rol en el Derecho internacional.

Abstract: The work makes considerations on the general principles of environmental law at domestic level and at the international one. Given that *-prima facie-* the perception of the role of these principles in Argentine domestic law is very different from the assigned to them by the international law, first deals with the principles of environmental law in the domestic law, then focus in the perceptions of the international law.

Keywords: General principles of environmental law - Role in domestic law - Role in international law.

Sumario: Introducción.- 1.-El rol de los principios generales del derecho ambiental en el DERECHO INTERNO. 1.1 Código Civil y Comercial. 1.2 Constitución Nacional. 1.2.1. Cuestiones de jerarquía normativa entre derecho nacional e internacional. 1.2.2. Cuestiones de jerarquía en el plano interno. La “cláusula ambiental”.- 2. Los principios generales del derecho ambiental en el DERECHO INTERNACIONAL. 2.1. Principio de soberanía sobre sus recursos naturales. 2.2. Principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*. 2.3. Principio de cooperación en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos. 2.4. Principio de prevención. 2.5. Principio de precaución. 2.6. Principio de derecho sostenible. 2.7. Principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas.- 3. Reflexiones finales.-

Introducción

El título en sí mismo manifiesta una perspectiva amplia, que abarca tanto a los principios generales del derecho ambiental (PGDA) propios del derecho nacional como a los del internacional en las distintas subramas jurídicas (a más de la ambiental propiamente dicha, la constitucional, administrativa, civil, penal, derechos humanos, derecho humanitario, marítimo, espacial, etc.). Dado que, *prima facie*, es muy diferente la percepción del rol de los PGDA en el derecho interno argentino a la que le asigna el derecho internacional, primero efectuaremos consideraciones generales desde el derecho interno (I) para luego enfocar el derecho internacional (II).

1-El rol de los principios generales del derecho ambiental en el DERECHO INTERNO

² Trabajo recibido el 27 de septiembre de 2017 y aprobado para su publicación el 18 de octubre del mismo año.

³ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba-Argentina), Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Directora del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la misma Academia.

1.1 Código Civil y Comercial

En el derecho interno argentino, observamos que no hay uniformidad en la legislación, doctrina y jurisprudencia en torno al significado y valor normativo de los PGDA, de modo que se solapan percepciones de distinta textura y precisión.

En el Código Civil y Comercial (CCC) argentino, la *costumbre* entendida como práctica con convicción de obligatoriedad jurídica no normada en instrumento positivo (por su naturaleza, generadora de principios generales del derecho y principios generales del derecho ambiental) sólo es vinculante cuando las leyes o los interesados se refieren a ella o en situaciones no regladas legalmente y siempre que no sea contraria a derecho. Es decir, “no” es derecho, de conformidad a lo establecido en el art. 1 del CCC⁴. Sin embargo, esta afirmación es relativa si se toman en consideración otros artículos del CCC⁵.

⁴ CCC. “Artículo 1. 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”.

⁵ En esta referencia seguimos lo señalado por Cristian Giménez Corte. El art. 2651, inc. d) establece que en los contratos internacionales “los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato”. El art. 2652, establece que “[e]n defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos, del lugar de cumplimiento”. En materia de contratos en general, el art. 964 inc. c) del CCC dispone que un contrato se integra con “los usos y prácticas de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable”. El art. 1161 del CCC establece “Cláusulas de difusión general en los usos internacionales. Las cláusulas que tengan difusión en los usos internacionales se presumen utilizadas con el significado que les adjudiquen tales usos, aunque la venta no sea internacional, siempre que de las circunstancias no resulte lo contrario”. Debe tenerse en cuenta que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CCIM), en su art. 9º, establece que: “1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”. La CCIM otorga a los usos un ámbito de aplicación y validez amplio y directo, ya que establece que las partes quedan obligadas por los usos (los usos crean derecho). El CCC en cambio, según expresa Giménez Corte, parecería limitar los usos y costumbre sólo a la “integración” del contrato, o cuando las partes hayan hecho una referencia a cláusulas “que tengan difusión”. Una interpretación histórica y jurisprudencial, e incluso una interpretación contextual que tome en cuenta los tratados internacionales sobre derecho aplicable a los contratos, y las convenciones sobre arbitraje comercial internacional, lleva a una conclusión distinta. Esto es, que las prácticas, usos y costumbres se aplican *per se*, por su propia fuerza jurídica creadora de derecho, sin que deba existir una referencia a ellos por la ley o por las partes. Así, los usos y costumbres en derecho argentino tienen poder jurídico *praeter legem* e incluso *contra legem*, son normas obligatorias autónomas. Bien observa el referido autor, el CCC busca unificar las dos grandes corrientes del derecho privado continental: el derecho civil y el derecho comercial, en un solo cuerpo, como lo hicieron los italianos en el 1942, los brasileños en el 2002, a más de otros. Implica tratar de unir dos tradiciones jurídicas distintas, con los riesgos y discordancias que esto acarrea. Por nuestra parte agregamos que -como lo veremos a continuación, publiciza al derecho privado al insertarlo por expresión del mismo Código en el Derecho de los tratados internacionales y el Derecho de los Derechos Humanos, volviéndolo menos explícito y claro normativamente. V. GIMÉNEZ CORTE, Cristian. “Autonomía de la voluntad, prácticas, usos y costumbres, y el régimen de los contratos internacionales. De los antiguos Código de Comercio y Código Civil al nuevo Código Civil y Comercial”, Thomson Reuters, 2016 (obtenible en file:///F:/AutonomiadeLaVoluntad.GimenezCorte.25Julio%20(1).pdf; <https://www.researchgate.net/publication/305636901/download>) (consulta de 14 de agosto de 2017).

Los “*principios*” (sin distinguir entre principios generales del derecho y los principios generales propios de las distintas ramas jurídicas especializadas) son captados como meros instrumentos interpretativos, si bien, se les reconoce gran potencialidad para la argumentación lógica y axiológica, tal como lo establece el art. 2 del CCC⁶.

Los artículos 1 y 2 actúan como “*columna vertebral*” del derecho privado argentino, “*colocan al CCC en su justo lugar, (por) ser parte de un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía*”⁷. El gran problema surge a la hora de determinar jerarquías normativas en el “sistema” argentino cuando éste es visto en forma integral.

Los dos primeros artículos, al hacer entrar en diálogo al CCC con las leyes aplicables, con la Constitución Nacional (CN), con los tratados de derechos humanos y otros tratados (estos últimos vía propia CN); al señalar que debe tomarse en cuenta la finalidad de la norma; al disponer que la interpretación debe tener en cuenta a más de la literalidad de las 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; ponen en evidencia que el CCC se aleja de la concepción dogmática unidimensional del derecho, para situarse en las dimensiones lógica, sistemática y axiológica del derecho. A ello se agrega el “deber de resolver” establecido en el artículo 3 del CCC⁸, que implica la reafirmación de la visión sistemática del derecho con su concepción de falta de lagunas, ámbito en el que los principios juegan rol determinante, ya que ellos están en la base del derecho positivo, permitiendo al juez mediante razonamiento lógico, llegar a una decisión fundada no dependiente de la riqueza o pobreza de la letra de un texto normativo. Es de observar que los “principios” a que hace referencia el art. 1 CCC son los principios generales del derecho y no a “los principios generales de las distintas ramas del derecho”, que son expresión de la costumbre en determinada área jurídica⁹.

Lo novedoso del CCC es la conexión sistemática con todo el ordenamiento jurídico formulada en forma expresa, pero esa formulación no impacta en absoluto sobre la pirámide normativa, ya que la misma no surge del CCC sino de la CN y dispositivos específicos. El que el CCC señale la necesidad de conformidad con la Constitución Nacional (CN) o con los tratados de derechos humanos (u otros tratados si bien no lo señala en forma expresa sino al referirse a “todo el ordenamiento”) no implica, en realidad, novedad sustancial, ya que -aunque nada dijera el CCC- así sería en virtud de la

⁶ CCC. “*Artículo 2. 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*”. Es de observar que Marisa Herrera ha señalado -de modo similar a otros comentaristas del CCC-: “*los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico, por lo que corresponde descalificar las decisiones manifiestamente contrarias a los valores jurídicos que informan el ordenamiento*”; “*los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los considera colectivos, y no solamente de propiedad del Estado*” (HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (Dirs.), *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo I Título Preliminar y Libro Primero Artículos 1 a 400, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. XIII ([http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf)) (Consulta de 20 de abril de 2017).

⁷ *Ibidem*, p. 5.

⁸ CCC. “*Artículo 3. Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*”.

⁹ V. *infra*.

propia CN. Si contradijera las jerarquías del “ordenamiento” de la Carta Magna, simplemente sería inconstitucional. Debe tenerse en cuenta que todos los tratados (no sólo los de derechos humanos) son superiores a las leyes (incluidos los Códigos contemplados en el art. 75.12 CN) en virtud del art. 75.22 de la CN. No todos los tratados en materia de derechos humanos tienen jerarquía constitucional. La diferencia entre tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y los que no tienen ese rango, sólo es relevante en la primacía de un tratado sobre otro y la relación en el derecho interno entre los instrumentos con jerarquía constitucional y la CN, debiendo hacerse jugar los artículos 27, 31, 75.22, 75.24 (este último potencialmente), y 118, cuyos textos llevan a distintos resultados de prelación¹⁰.

En resumen, con relación al rol de los principios y de la costumbre conforme lo establece el CCC en sus primeros artículos (más adelante debilitados en el mismo cuerpo normativo), los “principios” son meras herramientas para la interpretación coherente, sistemática, mientras que la “costumbre” no es derecho. Además, esa disposición se vuelve incorrecta e incompatible con su propio texto en tanto el mismo instrumento legal dispone que el CCC debe ser aplicado “conforme a la Constitución nacional” e “interpretado de modo coherente con todo el ordenamiento”. Si así lo hace, se encuentra con el art. 75.22 que coloca a los tratados internacionales (todos) en rango superior a las leyes (todas), encontrándonos con que se halla vigente un sistema de fuentes normativas y jerarquías diferente al establecido en el CCC y el ordenamiento interno argentino, resultando en síntesis que los “principios” (entendidos como principios generales del derecho), al igual que la “costumbre” (práctica internacional continuada, ininterrumpida con convicción de obligatoriedad jurídica) son fuentes principales de derecho, directa e independientemente aplicables¹¹. Debemos recordar que, en el Caso Simón¹², el Dictamen del Procurador General -cuya posición asumiera expresamente la Corte- expresa: “(...) *las normas del Derecho Internacional vigentes para la República Argentina -y con ello me refiero no sólo a los tratados, sino también a las normas consuetudinarias y a los principios generales de derecho- revisten el doble carácter de normas internacionales y normas del ordenamiento jurídico interno y, en este último carácter, integran el orden jurídico nacional junto a las leyes y la Constitución (conf. art. 31, Fallos 257:99 y demás citados)*”¹³.

I.2 Constitución Nacional

1.2.1. Cuestiones de jerarquía normativa entre derecho nacional e internacional

°Dadas las limitaciones que tuvieron los convencionales constituyentes a la hora de la última reforma constitucional, también aparecen incoherencias en el propio texto de la

¹⁰ V. *infra* el próximo subtítulo

¹¹ V. *infra* el artículo 38 *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ)* en su art. 38, el que se refiere a las fuentes en estado de aplicabilidad y los artículos 27 y 38 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)*.

¹² CSJN, 14/06/2005 - *Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad* -SJA 2/11/2005.

¹³ Ya en el Caso Priebeke, los Magistrados Nazareno y Moliné O'Connor, en el considerando 16 de su voto separado han señalado que la costumbre internacional y los principios generales del derecho, de conformidad al derecho internacional, son fuente del derecho argentino: “*la costumbre internacional y los principios generales del derecho (...) forman parte del derecho interno argentino (...)*”.

CN, en la doctrina¹⁴ y en la jurisprudencia constitucional con relación a los PGDA en el ordenamiento constitucional. Por ejemplo:

CN. “*Artículo 27. El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de **tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución***¹⁵” (el resaltado nos pertenece).

¹⁴ Bien ha señalado Lorenzetti al referirse a los “principios” en general: “*Para algunos son normas jurídicas, para otros, reglas del pensamiento, para algunos son interiores al ordenamiento mientras que para otros son anteriores o superiores al ordenamiento*”, siendo esto válido tanto para el derecho privado, como para el público, nacional o internacional (LORENZETTI, Ricardo L., *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*”, Rubinzal- Culzoni, 1995, p. 258). Lluís Paradell-Trius considera que el *status* normativo de los principios generales del Derecho ambiental son una cuestión muy controvertida: “Thus, a discussion of the status of international environmental law principles entails, directly or indirectly, entering a notoriously controversial and contentious matter: the heart of the North-South divide in the field of international environmental law. Caution is also warranted by the difficulty, if not impossibility, of a general definition of the nature, status and role of international environmental law principles. This notion embraces a variety of legal tenets and norms of a differing nature and normative authority. Some are established rules of customary international law, while others are emerging rules. Yet other principles have a lesser normative status. They may be guiding interpretative standards or merely aspirational norms.” (PARADELL-TRIUS, Lluís, “Principles of International Environmental Law: An Overview”, *RECIEL* 9 (2) 2000. p. 92). V. asimismo SANDS, Philippe - PEEL, Jacqueline - MACKENZIE, Ruth. *Principles of International Environmental Law*, 3a. ed Cambridge University Press, Cambridge, RU, 2012. (https://books.google.com.ar/books?id=uHzFRub4KrAC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=nature%20of%20the%20general%20principles%20of%20environmental%20law&f=false)

¹⁵ Básicamente, esos principios son el de legalidad (cumplimiento del ordenamiento jurídico) y el principio de imperio o potestad pública del Estado, a diferencia del principio de autonomía de la voluntad que prevalece en el orden de las relaciones privadas. Sin embargo, tal como señala Cassagne, el principio de legalidad, tras la Segunda Guerra Mundial, sufrió un declive que “*generó una transformación significativa en el plano de las fuentes del derecho provocando la pérdida de la centralidad de la ley y su sustitución por el papel trascendente que adquirieron los principios generales (provenientes tanto del derecho positivo como del derecho natural) que pasaron a funcionar como mandatos vinculantes superiores a las leyes y con operatividad directa o derivada, según sea su dependencia de las provisiones presupuestarias y las decisiones legislativas necesarias para implementarlos, como sostienen los tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional. En ese escenario, desapareció la separación absoluta entre moral y derecho potenciándose la función del juez en la interpretación del derecho, convirtiéndolo en un protagonista fundamental del sistema jurídico. En tal sentido, la indeterminación, que es propia de los principios, así como la necesidad de resolver nuevas situaciones jurídicas no previstas en las leyes, acentuaron el papel de los jueces en el proceso de creación del derecho hasta llegar a positivizarse por vía jurisprudencial. El Estado de Derecho clásico no ha perdido la fuerza de sus atributos tradicionales, pero deja de ser neutral y se convierte en Estado Subsidiario al realizar la justicia, con sentido social, a través de prestaciones positivas que garantiza con arreglo al principio de subsidiariedad, cuando no las brinda directamente en caso de insuficiencia de la iniciativa privada. Al propio tiempo, surgieron nuevos derechos constitucionales concernientes al medio ambiente, a la competencia y a los derechos de los consumidores y de los usuarios de servicios públicos, entre otros, que la reforma constitucional de 1994 incorporó a nuestro ordenamiento supremo. En la misma línea, los tratados de derechos humanos, con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), han pasado a complementar el sistema de protección de los derechos individuales y sociales reconocidos en la llamada parte dogmática de nuestra Carta Magna, mediante mandatos que vinculan al juez, a la Administración y a todos los operadores jurídicos, tengan carácter público o privado*” (CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, Reus, Madrid, 2016, p. XIII). Agrega el autor en p. XIV: “*En ese escenario, el nuevo constitucionalismo (expresión que preferimos a la de neoconstitucionalismo por la carga ideológica que este término contiene) ha extendido el alcance del control judicial sobre la discrecionalidad administrativa e, incluso, de la constitucionalidad de las leyes, contribuyendo a reafirmar las tendencias imperantes en los derechos administrativo y constitucional, en cuanto a combatir las arbitrariedades e ilegalidades en que suelen incurrir los poderes públicos. Los*

Interpretación: Desde esta percepción del derecho interno, los tratados deben ajustarse a los principios de derecho público de la CN, por lo que jerárquicamente son inferiores a los principios de derecho público de la CN.

CN. “*Artículo 31. 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 (...)*” (el resaltado nos pertenece).

Interpretación: Las leyes de la nación y los tratados (en tanto son aprobados por ley del Congreso de la Nación, independientemente de que no son meras leyes por constituir acto complejo federal¹⁶) deben ser “en consecuencia” a la Constitución, por lo que son jerárquicamente inferiores a las CN.

CN. “*Artículo 75.22. (...) **Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.** La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, **tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (...).** 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*

paradigmas de la Nueva Escuela de Derecho Natural (NEDN) enseñan que el derecho en general, y particularmente el derecho público, es una ciencia basada en principios de justicia sin que exista una separación absoluta entre moral y derecho. Es que el derecho, como toda ciencia, no puede renunciar al enfoque sistémico por lo que los intentos del positivismo de depurar la ciencia jurídica pretendiendo quitar todos los elementos no normativos (...) no pasaron de ser una quimera o un intento infructuoso. En suma, el derecho no puede divorciarse de la teoría de la justicia cuyo conocimiento resulta indispensable para resolver las principales cuestiones que se plantea en el derecho público”. En la p. XV expresa: “Con ese enfoque sistémico y la metodología de la escuela iusnaturalista moderna, hemos abordado la construcción de una teoría sobre la armonización de los principios y derechos fundamentales de las personas en el Estado Social de Derecho o Estado de Justicia, que es el continuador del Estado de Derecho y no su opuesto, como pretenden quienes explican e interpretan las transformaciones operadas desde una visión puramente ideológica y no sociológica”.

¹⁶ La CSJN en el Caso Ekmekdjian, antes de la reforma constitucional de 1994 expresó: “17) *Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es **orgánicamente federal**, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19, Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional)”* (el resaltado nos pertenece) (CSJN, 07/06/1992 – Ekmekdjian, Ángel c. Gerardo Sofovich - Fallos 315:1492).

totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional (...)” (el resaltado nos pertenece).

Interpretación: Todos los tratados y concordatos son superiores a las leyes. Ciertos tratados de derechos humanos son superiores en el derecho interno a otros tratados, ya que tienen jerarquía constitucional. Sin embargo, esa jerarquía constitucional es limitada, ya que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional no pueden derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución, resultando ser inferiores a la primera parte de la CN. Si la interpretación la llevamos al derecho internacional -aspecto que desarrollaremos más adelante- a diferencia de lo establecido en la constitución, ningún Estado puede invocar su derecho interno (incluida su CN) para incumplir el Derecho internacional. Con ello, todas las normas del Derecho internacional (tratados, costumbre y principios generales del derecho) son superiores a todo el derecho interno del país.

La CSJN¹⁷ en el Caso Ekmekdjian¹⁸ (al igual que de modo equivalente en numerosos fallos que le sucedieron¹⁹) ha considerado ya en 1992 que en virtud del art. 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados (CVDT)²⁰ (tanto la de 1969 como la de 1986), todos los tratados son superiores al derecho interno *in totum*, incluida la Constitución. Así, ha expresado:

“18) Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados -aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7 (La Ley, 43-458; 131-773), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual «no existe fundamento normativo para acordar prioridad» al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

¹⁷ La Corte es *suprema*, como lo dice su nombre y no hay instancia en el ámbito interno sobre ella. Es la intérprete legítima última de la CN.

¹⁸V. *supra*.

¹⁹ V.g. CSJN, 07/07/1993 - Fibraca Constructora SCA. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande - de Salto Grande Fallos 316:1669; CSJN, 13/10/1994 - Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición) - C 572 XXIII, etc. V. nuestro trabajo *La Aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la CSJN. Fuentes, Subjetividad, Órganos de representación, Inmunidad de jurisdicción y ejecución*, Lerner, Córdoba, 2010.

²⁰ CVDT Art. 27. *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 (...)*”. Debe tenerse en cuenta que la CVDT recepta a la costumbre internacional como fuente formal principal del derecho internacional y que un tratado puede volverse obligatorio para un Estado que no es parte de él (no ha consentido en obligarse) por haberse transformado en norma consuetudinaria de derecho internacional general. Así, el art. 38 de la CVDT establece: “Art. 38: *Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional. Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal*”.

19) *Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional (...).*

20) *Que, en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es **operativa** cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso”* (los resaltados nos pertenecen).

Pero, además, no sólo los tratados son superiores al derecho interno. La CSJN ha entendido que el “Derecho de Gentes” (Derecho internacional conforme a su antigua designación), en pleno, quedaba incorporado por vía constitucional en el sistema jurídico argentino, incluidas las normas consuetudinarias internacionales y los principios generales del derecho, tal como son receptados en el Derecho internacional, si bien recurrió a distintos fundamentos. Debemos tener en cuenta que ciertos derechos del Derecho de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario contemplan a los PGDA. Tal el caso del derecho fundamental a la vida y -junto a él- a la salud, ya que en casos graves se puede atentar vía daño ambiental contra la vida o la salud humanas. Por ejemplo, en el Caso Arancibia (CSJN, 24/08/2004 - Arancibia Clavel, Enrique L. - JA 2004-IV-426), el fallo de la CSJN -si bien no trata cuestiones vinculadas al derecho ambiental- en el considerando 28 hizo referencia a la *costumbre internacional como parte del ordenamiento interno vía art. 118 de la CN*. El Juez Boggiano, en el mismo caso, realizó una compleja interpretación del Art. 118 de la Constitución Nacional para considerar parte del derecho argentino a la costumbre internacional y otorgarle supremacía normativa cuando se tratare de normas del *jus cogens*. Es de tener en cuenta que el *jus cogens* (derecho imperativo, coactivo, inderogable por la voluntad de las partes) es un principio general del derecho internacional, el que cristaliza también en lo ambiental (daño ambiental que afecta la vida y gravemente la salud de las personas), *i.a.* en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 50 (I) 51 /II), 130 (III) 147 (IV), en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 8.2), Estatuto de la Corte Penal para la ex Yugoslavia (art.2 b)), Estatuto de la Corte Penal para Ruanda (art. 4), a más de la mayoría de los convenios en materia de derechos humanos, de conformidad a la interpretación de sus organismos especializados de aplicación. En lo que hace a los derechos humanos, bien ha señalado Jerry V. De Marco hay un solapamiento entre el derecho al ambiente sano del derecho ambiental con el derecho a la vida de los derechos humanos²¹ y nosotros agregamos, también del derecho internacional humanitario en la misma relación.

Interpretación: los tratados internacionales son superiores a todo el derecho interno incluida la CN en todas sus partes²²; esa prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino y su irrespeto genera responsabilidad internacional; todos los tratados son operativos si contienen descripciones concretas que permiten su aplicación inmediata

²¹ DE MARCO, Jerry V.- VIGOD, Toby, “The Supreme Court of Canada's Recognition of Fundamental Environmental Values: What Could Be Next in Canadian Environmental Law?”, *17 J. ENVTL. L. & PRAC.* (2007): “There is an obvious area of overlap between the human health aspects of environmental rights and the ‘right to life, liberty and security of the person’ (...).”, p.159 y ss.

²² V. *infra* en este mismo párrafo lo señalado con relación a los principios de derecho público de la CN.

y directa. Hacemos presente que los “principios de derecho público” de la CN, aun frente al art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, podrían resultar preservados en virtud de la soberanía del Estado y de lo establecido en el art. 103 de la Carta de la ONU: “**En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta**” (el resaltado nos pertenece). A su vez, el art. 2.7 de esa misma Carta establece: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la **jurisdicción interna de los Estados**, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta²³; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII [sanciones del Consejo de Seguridad de la ONU en caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión]” (el resaltado nos pertenece). El art. 92 de la Carta de la ONU dispone: “**La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo (...), y que forma parte integrante de esta Carta**”, con la prevalencia del art. 103 de la Carta señalado supra (el resaltado nos pertenece). El art 93 1 expresa: “**Todos los Miembros de las Naciones Unidas son ipso facto partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia**” el resaltado nos pertenece). El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su art. 38, se refiere a las fuentes en estado de aplicabilidad y establece: “**Art. 38: 1. La Corte cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: 1. a) las convenciones internacionales sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho (...)**”. Desde hace casi una centuria el Art. 38 del ECIJ es base del estudio de las fuentes normativas internacionales, ya que la CIJ es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, máxima instancia jurisdiccional del sistema internacional. En conclusión, cuando el Estado argentino aplica, en virtud de la CN, disposiciones internacionales) -incluidos los PGD y los PGDA-, debe aplicar las fuentes conforme el propio derecho internacional.

1.2.2. Cuestiones de jerarquía en el plano interno. La “cláusula ambiental”

Los PGDA son enunciaciones normativas propias de la rama jurídica a través de los cuales se estructura todo el derecho ambiental²⁴, se trata de normas consuetudinarias, generadas como construcciones normativas en el derecho internacional ambiental (el que precedió en el tiempo a la construcción positiva nacional en la materia). Se trata de principios eminentes, de orden superior²⁵, pilares sobre los que se construye la legalidad, identidad y autonomía de toda la subrama jurídica especializada. Numerosos doctrinarios

²³ Vg. sometimiento a jurisdicción internacional por incumplimiento de un tratado (incluida la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

²⁴ PIGRETTI, Eduardo, "Un nuevo ámbito de responsabilidad: criterios, principios e instituciones de derecho ambiental", *La Responsabilidad por Daño Ambiental*, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1986, p.21.

²⁵ CAFFERATTA, Néstor A., “Ley 25675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada”, DJ2002-3, 1133.

confunden los “principios generales del derecho” (máximas generales y abstractas enunciativas de los valores fundamentales de una sociedad) con los “principios generales del derecho ambiental” (máximas de comportamiento concreto a las que “deben” sujetarse los miembros de la comunidad nacional o internacional en todas sus escalas y estamentos, surgidas de la práctica de los Estados y Organizaciones internacionales²⁶. En el caso de los PGDA, el que la formulación sea “principlista” no significa que sea una enunciación abstracta, inconcreta.

La CN, en el art.41, consagra:

*“Artículo 41. Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes **sin comprometer las de las generaciones futuras**; y tienen el **deber de preservarlo**. El daño ambiental generará prioritariamente la **obligación de recomponer**, según lo establezca la ley.*

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

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

*Se **prohíbe** el ingreso al territorio nacional de residuos **actual o potencialmente peligrosos**, y de los radiactivos”* (los resaltados nos pertenecen).

De este modo, por disposición constitucional, quedan consagrados varios principios generales del derecho ambiental. Varias expresiones consagran PGDA: goces actuales “*sin comprometer las de las generaciones futuras*” (derecho sostenible); deber de “*preservación*” (prevención, precaución, incluida la evaluación de impacto ambiental/EIA); “*obligación de recomponer*” (responsabilidad ambiental)²⁷; “*protección del derecho al ambiente sano*” (responsabilidad funcional estatal, prevención, precaución, incluida la EIA), “*utilización racional de los recursos naturales*” (derecho sostenible, prevención, precaución), “*preservación del patrimonio*” (prevención, precaución, responsabilidad funcional); *preservación de la diversidad biológica* (ídem) y *deber de proveer a la información y educación ambiental* (responsabilidad funcional, información, educación).

Las leyes de presupuestos mínimos son de competencia nacional-federal pero no son meras leyes. De conformidad a la Res. 92/04 *Presupuestos Mínimos* del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) y según el *Pronunciamiento de la Comisión Asesora*

²⁶ JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del Medio ambiente*, McGraw-Hill, 1999, p. 63 y ss. Este mismo autor en otro trabajo ha expresado: “*ha aparecido un creciente número de reglas internacionales que obligan a los Estados no solamente sin acepción de fronteras, sino también precisamente en el interior de sus fronteras, ya que el medio ambiente de cada Estado forma parte indisociable del patrimonio ecológico mundial*” (JUSTE RUIZ, José “*La Evolución del Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, en *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo*, Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco, 1993, p. 404). V. asimismo, DRNAS DE CLÉMENT, Z. “*Fuentes del Derecho Internacional Ambiental*”, en Sindico, Francesco - Fernández Egea, Rosa - Borràs Pentinat, Susana (Eds.) *Derecho internacional del medio ambiente: Una Visión desde Iberoamérica*, Cameron May, Londres. RU, 2011, pp.31 y ss.

²⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su OC 7/86 (29 de agosto de 1986. Serie A No. 7) en el párr. 38 expresó que el hecho de que corresponda al Congreso reglamentar el deber de recomposición del daño, no significa que, en caso de no haberse dictado la norma a tal fin, el deber de recomponer el daño no sea exigible, ya que “*nada impide respetarlo y garantizarlo (...), aun a falta de ley reglamentaria, mediante simples criterios de razonabilidad (...)*”.

Permanente de Tratamiento Legislativo creada en su seno: “*Se entiende por presupuesto mínimo al **umbral básico** de protección ambiental que corresponde dictar a la Nación y que **rige en forma uniforme en todo el territorio nacional como piso inderogable que garantiza** a todo habitante una protección ambiental mínima más allá del sitio en que se encuentre*”. El que las leyes de presupuestos mínimos, fijen umbrales básicos de protección ambiental en calidad de piso inderogable y que rijan en forma uniforme en todo el territorio argentino, las coloca en un nivel superior a otras leyes nacionales, a constituciones provinciales, a leyes provinciales y demás normas locales. Se trata de delegación expresa de competencias por parte de las provincias a la Nación, al Congreso Nacional (leyes) y al Ejecutivo (reglamentaciones. Tal como lo señalara Hitters: “*las provincias han renunciado así a importantes competencias originarias, en excepción al principio receptado por el artículo 121, reservándose exclusivamente las facultades necesarias para dictar normas complementarias, conservando el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (conforme artículo 124)*”²⁸.

La Ley General del Ambiente 25675 (2002) de Presupuestos mínimos de protección ambiental, en su artículo 1, establece: “*La presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable*”.

Si bien enuncia “*principios de política ambiental*”, debilitando aparentemente el rol normativo de esos principios, ello es -como decimos- sólo aparente dado que los mismos son coincidentes con los PGDA del derecho ambiental internacional tanto en su enunciación como en su contenido sustantivo, fuente principal de derecho positivo, tal como lo desarrolláramos precedentemente. Además, la misma ley en el capítulo relativo a *Principios de la Política Ambiental*, en el artículo 4º establece: “***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: (...)***” (el resaltado nos pertenece), lo que despeja toda duda sobre su valor normativo. Los principios que enuncia son: principio de congruencia, principio de prevención, principio precautorio, principio de equidad intergeneracional, principio de progresividad, principio de responsabilidad, principio de subsidiariedad, principio de sustentabilidad, principio de subsidiariedad, principio de solidaridad, principio de cooperación. No nos detenemos en cada uno de esos principios ya que varios trabajos de este Cuaderno se ocupan de los principios enunciados.

Una de las características de los principios ambientales está en que también deben ser aplicados en la configuración de las decisiones, la formulación de políticas y la gobernanza en general²⁹.

No creemos correcto sostener que, por su naturaleza, los PGDA sean meras ideas germinales, inacabadas, simples criterios orientadores, meras aspiraciones políticas, lineamientos directrices o funcionales, mandatos de optimización de acción o simples instrumentos hermenéuticos, si bien, también pueden jugar ese rol en ciertas circunstancias de su aplicación³⁰.

²⁸ COPETRO S.A. c. Municipalidad de Ensenada s/ Inconstitucionalidad de la Ordenanza 1887/95’, recaído en Acuerdo del 20 de marzo 2002. Voto del Juez doctor Juan C. HITTERS, publicado en el BO, DJJ, boletín 26/09/02, Año LXI, T°163, N° 1304).

²⁹ PEDERSEN, Ole W. “Environmental Principles and Environmental Justice”, *12 Env'tl. L. Rev.* 2010, p. 26.

³⁰ CAFFERATTA, Néstor A. *Introducción al derecho ambiental*, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) Instituto Nacional de Ecología (INE) Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), Méjico, 2004, p. 26-27.

2. -Los principios generales del derecho ambiental en el DERECHO INTERNACIONAL

Los PGDA son parte las fuentes formales del Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA), en tanto constituyen el subsistema jurídico de esa rama del Derecho Internacional Público, en su calidad de conjunto de normas y principios de los que emergen los derechos y obligaciones en materia ambiental de los sujetos internacionales. Los “principios generales del derecho internacional” no son “principios generales del derecho”, son normas consuetudinarias del derecho internacional³¹, surgidas en el ámbito de las relaciones internacionales, que pueden estar receptadas o enunciadas en normas convencionales (vg. igualdad soberana de los Estados, deber de no injerencia en asuntos de jurisdicción interna de otros Estados, solución pacífica de controversias, principio de prevención, principio de precaución, *sic utere tuo ut alienum non laedas*, etc.), no debiendo ser confundidos con los “principios generales del derecho” (máximas abstractas, surgidas in foro domestico). En lo que hace a la condición jerárquica de la costumbre en relación a otras fuentes, los doctrinarios no positivistas sostienen que la costumbre es superior a los tratados e independiente de ellos, ya que la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados reconoce que tiene la costumbre en su base.

Gran peso en el sistema jurídico internacional tienen los PGDA, ya que por su condición de norma consuetudinaria hunden sus raíces en la previsibilidad, ya que para que un principio alcance el estado de derecho consuetudinario, antes debe haber sido practicado consistentemente por los Estados con el convencimiento de que la práctica es un deber legal³².

Frecuentemente, los PGDA son receptados en convenios vinculantes. Debe tenerse en cuenta al respecto que, si un Estado es signatario de un tratado que incluye un PGDA, ese principio es vinculante para el Estado dentro del contexto de los términos del tratado, independientemente de su obligación en virtud del principio como derecho consuetudinario³³.

Los PGDA constituyen normas consuetudinarias del Derecho internacional, que pueden estar expresadas en normas convencionales y estar conectadas en su raíz a principios generales del derecho como buena fe, *pacta sunt servanda*, equidad, prohibición de abuso de derecho, etc.

Duncan French³⁴ hace presente que no todos los principios comparten el mismo estatus legal. Mientras algunos reflejan normas de derecho internacional consuetudinario (es decir, reglas de la práctica internacional aceptadas como leyes, que son vinculantes para la comunidad internacional), otras no lo tienen, o al menos aún no. Por lo tanto, es relativamente claro que muchos de los principios del derecho ambiental internacional no tienen, o aún no han adquirido, un estatus legal formal. Se pregunta qué papel de los textos no vinculantes (*soft law*) en el desarrollo del derecho ambiental internacional.

³¹ Es decir, corresponden como fuente normativa al art. 38.1. b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia al que no refiriéramos *supra*.

³² FITZGERALD, Martha. “Prison or precaution: Unilateral, state-mandated geoengineering under principles of international environmental law” *24 N.Y.U. Env'tl. L.J.* 256 2016, p. 266 y ss.

³³ SANDS, Philippe - PEEL, Jacqueline - MACKENZIE, Ruth. *Principles of International Environmental Law*, 3a. ed Cambridge University Press, Cambridge, RU, 2012, pp. 97-112.

³⁴ FRENCH, Duncan, “International guidelines and principles”, en *Conventions, treaties and other responses to global issues*, Vol. I de la *Encyclopedia of Life Support Systems (EOLSS)* (obtenible en <https://www.eolss.net/sample-chapters/C14/E1-44-01-02.pdf>).

Por nuestra parte, tal como lo señaláramos en trabajo anterior al que seguimos en esta oportunidad³⁵ algunos PGDA *in status nascendi* frecuentemente son receptados en tratado internacionales, los que muchas veces son negociados a modo de “*package deal*” (conjunto de concesiones mutuas) y adoptados sin votación por “*consensus*” (vg. contaminación atmosférica, protección del medioambiente marino, cambio climático, diversidad biológica, etc.), lo que muchas veces se ha ponderado por lograr entendimientos base en áreas de difícil concertación, pero otras, se ha criticado, atento a que suelen implicar compromisos de *soft law* (*derecho blando, derecho en agraz, droit doux, droit vert, lege ferenda*), que no constituyen fuente normativa ejecutable *per se*, poseyendo potencia jurídica similar a las declaraciones o a las resoluciones recomendatorias de organizaciones internacionales, con más fuerza estimulativa que legal³⁶. Sin embargo, ello no impide que estos actos enuncien o devengan *hard law* (*droit dur, droit mur, derecho en sentido estricto, derecho compulsorio, lege lata*)³⁷. Quienes ven positivamente a la dinámica jurídico-ambiental del *soft law* destacan que esas manifestaciones normativas débiles³⁸ facilitan el acuerdo inicial en ciertas materias de difícil aceptación, flexibilizan la apertura de los Estados a aceptar cambios, dinamizan la comprensión científica, promueven la cooperación y facilitan el desarrollo posterior del *hard law* en determinada materia ambiental internacional, norma dura que de haberse intentado alcanzar desde un inicio no se hubiese logrado.

La doctrina asigna significado especial a la repetición del *soft law* en distintos instrumentos internacionales, entendiendo que la reiteración puede dar lugar a que, independientemente de la fuente formal en la que se expresa, pasen a tener valor de norma consuetudinaria. Tal sería el caso, por ejemplo, de la obligación de información y consulta antes de iniciar una actividad o iniciativa que pueda causar daño transfronterizo, que se encuentra en recomendaciones, resoluciones, actos unilaterales, tratados, dictámenes arbitrales y judiciales, entre otros.

La aplicación PGDA consolidados³⁹ es reclamable ante los tribunales en tanto importan comportamientos concretos exigibles⁴⁰. Bien señala Eric Engle⁴¹ que la costumbre es una importante fuente de derecho internacional público, incluso en un sistema eminentemente positivo como es el de la Unión Europea. Recuerda que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (“TJCE”) ha desarrollado y aplicado en calidad de fuente

³⁵ DRNAS DE CLÉMENT, Z. “Fuentes del Derecho Internacional Ambiental”, Ob. Cit.

³⁶ Vid. *infra* el subtítulo “Resoluciones de Organizaciones Internacionales”.

³⁷ Debe recordarse que, con relación a la Res. 2625 (XX) (Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de la Naciones Unidas) de la Asamblea General de Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 27 de junio de 1986, en el asunto de las *Acciones Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua/Estados Unidos de América)*, ha manifestado que la misma debe ser entendida no como una mera reiteración de los contenidos de la Carta sino como la aceptación de una serie de normas consuetudinarias declaradas en la propia resolución (CIJ, *Recueil 1986*, p. 99-101). Similar pronunciamiento se ha dado en el ámbito jurisdiccional con relación a ciertos principios de la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (1992).

³⁸ Frecuentemente, los términos empleados reflejan compromisos febles. Por ejemplo, la Convención de NU sobre Cambio Climático, al igual que muchos otros tratados usa verbos en potencial [Art. 3.1: “*Las Partes deberían proteger el sistema climático (...)*”]; el Convenio sobre Diversidad Biológica debilita enunciados condicionando el compromiso [Art. 5: “*Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, cooperará (...)*”].

³⁹ V. *infra*.

⁴⁰ V. LANG, Winfried, “UN-Principles and international environmental law”, *Max Planck UNYB* 3 (1999), p. 157-172. V. asimismo BIDDULPH, Michelle – NEWMAN, Dwight, “A contextualized account of general principles of international law”, *26 Pace Int'l L. Rev.* 286 2014.

⁴¹ ENGLE, Eric, “General principles of European Environmental Law”, *17 Penn St. Envtl. L. Rev.* 2008-2009, p. 215 y ss.

principal varios PGDA, entre ellos, principio de quien contamina paga, principio de uso equitativo de los recursos naturales, principio de prevención, principio de precaución, principio de subsidiariedad, derecho sostenible, obligación de no causar daño transfronterizo, etc.⁴².

Stathis Palassis⁴³ hace presente que según la *International Law Association*, que desde la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las pasteras uruguayas puede considerarse un requisito en el derecho internacional general (costumbre general) llevar a cabo la evaluación de impacto ambiental cuando existe el riesgo de que la actividad propuesta pueda tener impacto ambiental adverso significativo en un contexto transfronterizo (CIJ, Pulp Mills, párr. 204).

La existencia y aplicabilidad de los PGDA fue confirmada por el tribunal arbitral en el caso *Iron Rhine Case Belgium/ Netherlands*, laudo del 24 de mayo de 2005 (2007) párr. 223⁴⁴. Los PGDA son generales en tanto son potencialmente aplicables a toda la comunidad internacional, reflejan norma consuetudinaria y dan lugar a remediación autónoma.

Gitanjali Naun Gill⁴⁵ destaca que el Tribunal Verde Nacional de la India (National Green Tribunal), con sede en Nueva Dehli, establecido el 18 de octubre de 2010, habiendo celebrado su primera audiencia el 23 de mayo de 2011, aplica los principios del derecho internacional ambiental junto con el derecho interno ambiental.

Los principios del derecho ambiental internacional son la base del "sistema de normas". Constituyen un estándar de la comunidad internacional que obliga a los Estados y, en estos últimos tiempos (a través de la recepción en los derechos internos) generalmente se refieren a "un estándar de la comunidad" que obliga a los Estados y -con su recepción en el derecho interno- a organismos y particulares⁴⁶.

Se ha señalado que los principios generales del DIMA expresan más bien objetivos que normas. Por nuestra parte, tal como lo señaláramos en trabajo anterior referido entendemos que su contenido sustantivo complejo -al igual que los principios generales del Derecho Internacional Público y de otras ramas del derecho, si bien, más acentuado en la rama jurídica que nos ocupa- hace que los principios generales del DIMA estén imbricados uno en el otro de modo que no pueden ser interpretados aisladamente. Además, son de estructura compuesta en tanto se integran por una serie de obligaciones concretas de comportamiento, exigibles en virtud de su carácter normativo. Esos

⁴² El mismo tribunal también ha aplicado PGD tales como " "igualdad sustantiva", "igualdad procesal", "proporcionalidad" y "igualdad progresiva", etc.

⁴³ PALASSIS, Stathis N., "Beyond the Global Summits: Reflecting on the Environmental Principles of Sustainable Development", *22 Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y* 41 2011, p. 41 y ss.

⁴⁴ REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, decision of 24 May 2005, VOLUME XXVII pp.35-125. Para 223: "*Applying the principles of international environmental law, the Tribunal observes that it is faced, in the instant case, not with a situation of a transboundary effect of the economic activity in the territory of one state on the territory of another state, but with the effect of the exercise of a treaty guaranteed right of one state in the territory of another state and a possible impact of such exercise on the territory of the latter state. The Tribunal is of the view that, by analogy, where a state exercises a right under international law within the territory of another state, considerations of environmental protection also apply. The exercise of Belgium's right of transit, as it has formulated its request, thus may well necessitate measures by the Netherlands to protect the environment to which Belgium will have to contribute as an integral element of its request. The reactivation of the Iron Rhine railway cannot be viewed in isolation from the environmental protection measures necessitated by the intended use of the railway line. These measures are to be fully integrated into the project and its costs.*"

⁴⁵ GILL, Gitanjali Nain. "A Sustainable Future through the Principles of International Environmental Law", *16 Envtl. L. Rev.* 183 2014, p. 183 y ss.

⁴⁶ LEE, Justin, "Rooting the concept of common but differentiated responsibilities in established principles of international environmental law", *17 Vt. J. Envtl. L.* 27 2015-2016, pp. 39 y ss.

principios generales del DIMA son la base sobre la que descansa en su integridad la construcción del sistema jurídico de protección internacional del medio ambiente, llegando a designarse como “Principios Constitucionales del DIMA”⁴⁷, base del “Nuevo Orden Internacional Ecológico”⁴⁸. A pesar de ello, en esta breve presentación de las fuentes, por razones de limitaciones en la extensión del trabajo, sólo podremos referirnos a ellos sucintamente.

2.1 Principio de soberanía sobre los recursos naturales

De conformidad a este principio “*los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que están fuera de los límites de la jurisdicción nacional*” (Principio 2 de la *Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo*), principio reiterado en numerosos instrumentos internacionales, entre ellos: el *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* (par. 2 del Preámbulo); la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* (par. 8 del Preámbulo); la *Convención sobre la Lucha contra la Desertificación en los Países afectados por sequía grave o desertificación* (par.15 del Preámbulo). El principio resulta concordante con la *Res. 3281 (XXVIII)* de la AG NU *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, que en su art. 2.1 expresa:

*“Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas”*⁴⁹. Es de observar que el enunciado del art. 2.1 encuentra sus límites en el art. 30 del mismo instrumento, el que expresa:

“La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo. Todos los Estados tienen la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Todos los Estados deben cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente”.

Los límites a que hacemos referencia se hallan en otros principios generales del DIMA, como son el desarrollo sostenible, *sic utere tuo ut alienum non laedas*, prevención, precaución, cooperación, principios con los que debe interactuar el principio de soberanía a los fines de determinar en cada caso el grado de su legítima aplicabilidad⁵⁰.

2. 2 Principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*

⁴⁷ CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford University Press, New York, 2005, p. 188.

⁴⁸ SAND, P.H. “International Environmental Law after Rio”, *EJIL* Vol. 4-1, 1993. p. 377.

⁴⁹ Observaremos más adelante la diferencia que hace esta resolución entre los derechos de los Estados sobre sus propios bienes y los derechos que tiene en caso de recursos naturales compartidos.

⁵⁰ Lejos ello de la *Doctrina de la soberanía absoluta* sostenida en 1895 por el Procurador General de los EE.UU. Judson Harmon (Doctrina Harmon), principio que ni siquiera los EEUU han podido sostener, abandonándolo ya en 1906 en el Tratado del Río Grande, entre EEUU y Méjico, el que prevé la “distribución equitativa de las aguas” entre los dos países.

El principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, constituye una obligación general del Estado (único sujeto territorial⁵¹) de asegurarse que las actividades bajo su jurisdicción y control no causen perjuicio a otros Estados o áreas fuera de su jurisdicción nacional). Ha sido proclamado en numerosos pronunciamientos arbitrales y judiciales, entre ellos los *leading cases*: el dictamen arbitral de 11 de marzo de 1941 en el as. *Fundición de Trail (EEUU v. Canadá)*⁵²; la sentencia de 9 de abril de 1949 en el as. *Canal de Corfú (Reino Unido v. Albania)* en la que la CIJ ha señalado que “todo Estado” “tiene la obligación” de “no permitir que su territorio sea utilizado para fines contrarios a los derechos de otros Estados”⁵⁰. Bien ha señalado la opinión consultiva de la CIJ en el as. relativo a la *Legalidad del Uso de las Armas Nucleares en un Conflicto Armado* (8 de julio de 1996) que: “La existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades bajo su jurisdicción o control respeten el medioambiente de otros Estados o de las áreas fuera de la jurisdicción nacional es en la actualidad parte del corpus del derecho internacional relativo al medio ambiente”⁵³.

Este principio es complementario del principio de soberanía en tanto implica el deber respetar idéntico derecho de soberanía de otros Estados (en su integridad, la que comprende los derechos de los Estados sobre su propio territorio o el que se halla bajo su jurisdicción, como también los espacios en los que tiene derechos como parte del colectivo en relación a los *res nullius*, *res communis usus* o bienes que constituyen patrimonio común de la humanidad).

Algunos doctrinarios han señalado que no se concibe ya al ambiente como un ámbito de la soberanía estatal sino como una *common amenity* e, incluso, patrimonio común de la humanidad, de modo que la violación de los intereses comunes sobre el ambiente, manifestados en los principios generales del DIMA como la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares, haya o no daño sobre un Estado en particular, constituye una violación *erga omnes*, que da lugar a la “responsabilidad agravada” en tanto afecta valores y conciencias de la comunidad internacional como un todo⁵⁴.

Jonathan H. Adler⁵⁵ en un trabajo sobre la reforma del derecho ambiental dio gran relevancia al principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, titulado un tópico: “*First. Do No Harm*”.

El principio *sic utere tuo*, a su vez, está imbricado en los principios de prevención y precaución, que consideraremos más adelante. Abordamos a continuación el principio de cooperación, el que también está vinculado con el principio de soberanía en tanto son distintos los derechos de los Estados con relación a bienes de su exclusiva pertenencia de

⁵¹ Tal como lo señaláramos en trabajos anteriores, los pueblos con derecho a la libre determinación, constituidos en Movimientos de Liberación Nacional beligerantes que ejercen poderes cuasi soberanos-territoriales, no son un sujeto internacional permanente sino transitorio, en tanto se trata de pueblos que buscan constituirse en Estados o entidades autónomas.

⁵² “Ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma tal que el territorio de otro Estado o las personas o propiedades que allí se encuentran sufran daño (...)”. *Recueil des Sentences Arbitrales*, Vol. III, pp. 1905-1982, en particular, pp. 1907, 1965 y 1966. Se recuerda que la sentencia arbitral de 16 de abril de 1938 había dispuesto indemnización por los daños causados; la de 1941, al determinar que la fundición no podía funcionar sin causar perjuicio transfronterizo, ordenó la clausura de la fundición. ⁵⁰ CIJ, *Recueil 1949*, p. 22.

⁵³ ICJ, *Reports 1996*, pp. 241-242, par. 29 (“The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment”). Párrafo reiterado en el as. *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, ICJ, *Reports 1997*, p. 78, par. 140).

⁵⁴ CASSESE, Antonio. Ob. Cit. p. 487.

⁵⁵ ADLER, Jonathan H. “Conservative principles for environmental reform”, 23 *Duke Envtl. L. & Pol’y F.* 253 2012-2013, p. 266.

aquéllos (en los que basta no causar daño extrajurisdiccional) que los que poseen sobre recursos naturales compartidos.

2. 3. Principio de cooperación en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos⁵⁶

La expresión “recursos” naturales compartidos hace referencia a los “usos”, “aprovechamientos”, “réditos” que los Estados obtienen de bienes naturales bajo su soberanía o jurisdicción, los que están sujetos a limitaciones en su utilización o empleo en virtud de su condición de pertenecientes a un sistema unitario transfronterizo. El principio de cooperación en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos se fue incorporando al Derecho internacional a medida que la intensidad de los usos en un Estado comenzó a manifestar efectos en otro Estado. La idea de movilidad o capacidad de traslación transfronteriza está incluida en la de “sistema unitario” ya que el uso en uno de los Estados, dada la comunicatividad de los elementos, puede afectar el bien o sus usos en el territorio de otro u otros Estados. Esta percepción resulta aplicable a las aguas superficiales y subterráneas, al gas, al petróleo, a ciertos otros yacimientos minerales como el mercurio, al aire, a la flora y/o fauna de un ecosistema integrado, etc.⁵⁷.

Los “recursos” no deben ser confundidos con los bienes en sí. La expresión “recurso” indica lo que corre, lo que se obtiene de un bien, sus producidos, sus rentas, sus utilidades, sus aprovechamientos. Es decir, no se refiere a la cosa en sí o a su título o derecho de dominio⁵⁸ sino al uso que de ella se hace.

En tal sentido, la Resolución de la AG NU 3281 *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* con relación a los “recursos naturales compartidos”, en su art. 3 ha establecido: *En la explotación de los recursos naturales compartidos entre dos o más países, cada Estado debe cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa con el objeto de obtener una óptima utilización de los mismos que no cause daños a los legítimos intereses de los otros*”.

A diferencia del art. 2.1 en el que hacía referencia a los derechos soberanos de los Estados sobre sus propios bienes, expresando que podían ejercer “libremente” la posesión, uso y disposición de esos bienes, aprovechamientos y riquezas, en el caso de la explotación de los recursos naturales compartidos considerados en el art. 3, establece el deber de “cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa”.

Tal como lo señaláramos con anterioridad, la obligación de “cooperar” aparece como una obligación genérica que contiene deberes específicos exigibles.

La obligación de autolimitación en materia de aprovechamiento de los recursos naturales compartidos fue marcada en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales. Uno de los más citados es el laudo arbitral en el as. *Lago Lanoux* (España y Francia), el Tribunal en su dictamen de 16 de noviembre de 1957⁵⁹, señaló contenidos concretos de la obligación de cooperar sobre la base de la información y consulta previas. Así, señaló que los trabajos proyectados por un Estado debían ser notificados al otro u otros Estados del curso de agua en tanto el interesado en llevar adelante el proyecto no podía ser el único árbitro para determinar el riesgo potencial del emprendimiento. Si el proyecto tenía entidad para

⁵⁶ Similar situación se da en el caso de los bienes comunes y los del patrimonio común de la humanidad no regulados como tales internacionalmente.

⁵⁷ DRNAS DE CLÉMENT, Z. “Los Recursos naturales compartidos por los Estados y el Derecho internacional”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2003, pp. 79-106 (<http://www.aadi.org.ar/doctrina/anuario.2003.pdf>).

⁵⁸ Las fronteras entre los Estados, en la actualidad, se hallan bien definidas, resultando claro a qué soberano pertenecen los distintos bienes territoriales.

⁵⁹ *Revue Générale de Droit International Public*, París, Tomo LXII, 1958, p. 79 y ss.

causar un daño allende sus fronteras, a más de la notificación del proyecto, tenía la obligación de informar y de negociar de buena fe, tratando de conciliar los intereses opuestos. Expresamente señaló el laudo que la obligación de negociar, no implicaba la obligación de arribar a un acuerdo u obtener el consentimiento del Estado que recibía la notificación, en tanto éste no tenía derecho de veto sobre las actividades proyectadas por el notificante. Ello, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que pudieran caberle⁶⁰.

La CDI, en su proyecto sobre *Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas* ha seguido los lineamientos señalados en el fallo precedentemente citado⁶¹.

Entendemos que el grado de cooperación varía según el tipo de aprovechamiento a realizar sobre un recurso natural compartido y su virtualidad para causar perjuicios transfronterizos, lo que puede ser observado en la práctica interestatal.

2. 4. Principio de prevención

El principio de prevención está basado en los principios generales del derecho de buena fe, no abuso del derecho y responsabilidad, como también en los principios generales del DIMA de soberanía-igualdad y *sic utere tuo*. Está asentado en la idea de “diligencia debida” de los sujetos de Derecho internacional, es decir, en la *obligación* de vigilancia y adopción de previsiones en relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, no causen perjuicios transfronterizos. Atento a la obligación general de los Estados y otros sujetos internacionales de prevenir, prohibir o reprimir ciertos actos que causen o puedan causar perjuicios a otros Estados o sujetos internacionales, la falta de diligencia transforma a la tolerancia de tales actividades en acto ilícito atribuible al omitente⁶². La diligencia debida está constituida por el conjunto de “estándares mínimos” de comportamiento exigibles internacionalmente (diligencia suficiente). Esta diligencia, es el mínimo constitucional y legal imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones internacionales (“derecho interno internacionalmente indispensable”)⁶³.

El principio de prevención ha sido enunciado en distintos instrumentos jurídicos internacionales (vg.: *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, *Tratado de la Comunidad Europea*,), constituyendo además una antigua norma consuetudinaria internacional reconocida largamente por vía jurisprudencial, verdadero eje de articulación entre el acto lícito y el ilícito internacional.

El tipo e intensidad de medidas de prevención que debe adoptar un sujeto internacional depende del riesgo de la actividad que pretende desarrollar. Entre esas medidas figuran: -poseer un aparato jurídico y material suficiente para asegurar, en circunstancias

⁶⁰ La obligación de notificar ya había sido receptada en el Asunto Tacna-Arica (*Recueil des Sentence Arbitrales*, Vol. II, p. 92) y en el Asunto del Tráfico Ferroviario entre Lituania y Polonia (CPJI Série A/B 42, p. 108).

⁶¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 y corrección (A/56/10)*.

⁶² Vid. el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos (2001), art. 11.

⁶³ Vid. al respecto los dictámenes de la CPJI en los asuntos *Trato de los Nacionales Polacos* (1932) y *Zonas Francas* (1932). Vid. asimismo las labores de la CDI en los proyectos sobre Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y asignación de las pérdidas en caso de producirse dicho daño, Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, Responsabilidad de las Organizaciones internacionales.

normales, que de las actividades desarrolladas en áreas bajo su jurisdicción no surjan daños a otros sujetos internacionales (ello incluye la evaluación de impacto ambiental, el otorgamiento de licencias, la participación ciudadana, etc.); -hacer uso diligente de ese aparato según la magnitud de los riesgos previstos; -prohibir las actividades ciertamente dañosas con capacidad para provocar efecto transfronterizo y/o adoptar previsiones para que ciertas actividades riesgosas no alcancen ese tipo de efecto; -exigir el uso de tecnologías limpias; crear sistemas que permitan a eventuales víctimas y al propio medioambiente condiciones rápidas de reparación.

El art. 2. a) del Proyecto sobre *Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas* señala que: “El ‘riesgo de causar daño transfronterizo sensible’ abarca los riesgos que se presentan como una alta probabilidad de causar daño transfronterizo sensible y una baja probabilidad de causar daño transfronterizo catastrófico”. De conformidad al art. 6, el Estado debe establecer el requisito de su autorización para toda nueva actividad como también para las preexistentes. Tal como lo veremos más adelante, cierta dimensión del principio de precaución (cuando se presume que la actividad puede causar un daño catastrófico o grave irreversible) se rige por las pautas de la “diligencia debida” y no del mero criterio del “buen gobierno”.

2.5. Principio de precaución

Se trata de un antiguo principio, si bien, de joven aplicación en el DIMA. Tiene su origen en un antiguo canon del comportamiento humano, correspondiéndose a una visión renovada de la ancestral concepción de “prudencia” ante lo incierto, lo desconocido. En la “prudencia” se enlazan la “conjetura” basada en la “memoria”, la “inteligencia” con su razonamiento inductivo-deductivo (analogía con lo conocido) y la “providencia” (vigilancia, disposición anticipada para evitar o minimizar los daños o males supuestos y temidos). Implica una actitud de reserva, circunspección, previsión. El filósofo Hans Jonas, en su obra *The Imperative of Responsibility: In Search of Ethics for the Technological Age* (1979, traducción al inglés de 1984), trabajó sobre los problemas éticos y sociales emergentes de los desarrollos tecnológicos, señalando que la supervivencia humana dependía de sus esfuerzos por cuidar del planeta en el futuro.

El principio de precaución se enfrenta con el riesgo incierto, a diferencia del principio de prevención que hace frente al riesgo cierto.

La *Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano* (1972), en el punto sexto de la *Proclama*, expresa la necesidad de un “conocimiento más profundo y una acción más prudente” para asegurar la supervivencia de las generaciones presentes y las venideras.

Es de observar que ya la *Carta Mundial de la Naturaleza* (1982), en su Punto 11⁶⁴, ha distinguido -al igual que varios instrumentos jurídicos vinculantes (vg.: *Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología* (2000))- dos niveles de precaución diferentes conforme al tipo de riesgo potencial:

⁶⁴ *Carta de la Naturaleza*: Punto 11: “(...) b) Las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales; c) Las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza; en caso de llevarse a cabo, tales actividades se planificarán y realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales”.

- a)-cuando los potenciales efectos que se sospechan pueden surgir de una actividad permiten suponer el riesgo de daño grave, irreversible, catastrófico.
- b)-cuando los temidos potenciales efectos adversos pueden afectar la conservación y utilización sostenible de la naturaleza; (...).

En el primero de los casos, el ente decisor “debe” adoptar medidas de previsión cautelar, para que un potencial riesgo de esa naturaleza no tenga posibilidades de producirse. Esas medidas de “diligencia debida” y “buen gobierno”, en algunos casos, deben ser igual o más estrictas que en la aplicación del principio de prevención atento a la falta de posibilidad de adoptar recaudos satisfactorios ante la incertidumbre en el riesgo mismo y a las posibilidades de minimizar los efectos o adoptar medidas de prevención adecuadas a los resultados. En el segundo caso, el Estado u otro sujeto según el caso, “puede” adoptar medidas de prudente previsión de los riesgos supuestos y la eventual minimización de sus efectos en caso de que las relaciones costo-beneficio hayan aconsejado autorizar la actividad, pero debe adoptar medidas de “buen gobierno”.

La provisionalidad de las autorizaciones o denegatorias de autorización como las medidas aplicadas constituyen una nota característica del principio de precaución, atento a que siempre se halla abierta la posibilidad de modificar la decisión conforme avancen los conocimientos científicos y técnicos en torno al riesgo.

Las diferentes escuelas jurídico-doctrinarias, tal como han evolucionado hasta nuestros días, tienen unas percepciones básicas sobre el modo en que la cautela ambiental debe consagrarse en el derecho, las que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

*-La más liviana considera que no corresponde consagrar el principio como norma jurídica compulsiva sino como una “ética de acción”, como una directriz a guiar la decisión política de los órganos del Estado. Por ello, prefiere hablar de “*perspectiva*” *precautoria*, “*enfoque*” *precautorio* y no de “principio”. Entiende que la sola presión de la población puede obrar como suficiente control frente a las actividades de riesgo dudoso.

*-La posición intermedia ubica al principio entre las responsabilidades de los poderes públicos del Estado, los que deben regular los procedimientos a cumplimentar frente a toda nueva actividad o cambio de una ya establecida. Además, también, contempla la responsabilidad privada en casos de ocultamiento de información o mala fe. Esta visión que se considera moderada, busca seguridades a futuro en base a una prospección profunda y al seguimiento de la actividad en un marco de transparencia, respondiendo a una “*política de gestión*” basada en normas.

*-La posición principialista considera al principio de precaución una *fuerza principal del derecho*, que impone normas mínimas de gestión ineludibles. Algo más estricta que la anterior, hace descansar el peso de la aplicación de las exigencias de gestión en los poderes públicos y en determinados actores (los especialmente determinados en la legislación).

*-La posición catastrofista pretende aplicar al riesgo dudoso reglas más exigentes que al riesgo cierto (atento la incertidumbre), transformándolo en un principio jurídico duro, *principio coactivo*, aplicado a todo nivel, las más de las veces inmovilizador, a pesar de percibirlo en conflicto con intereses económicos, de desarrollo, científicos y tecnológicos.

Cerca de un centenar de convenios internacionales multilaterales, plurilaterales y bilaterales han incluido al principio de precaución. Si bien esos instrumentos

internacionales han utilizado expresiones diversas para referirse a la precaución ambiental (vg: *idea precautoria, enfoque precautorio, medida precautoria, acción cautelar, criterio de precaución, principio de acción precautoria, principio de precaución*, etc.) la distinción puede considerarse que representa sólo una preferencia terminológica, ya que, en la práctica, no ha habido sustancial diferencia de acción como consecuencia de esa diversidad de manifestaciones.

Es de tener en cuenta que, en el caso del principio precautorio, quien quiere llevar adelante determinada actividad debe probar que la misma no es peligrosa para el medio ambiente. Esta “inversión de la carga de la prueba” ha sido largamente criticada por considerarse que daña al progreso científico. Sin embargo, entendemos que no es correcto hablar de “inversión” de la carga de la prueba. La carga es la de rebatir la presunción científicamente sostenida de riesgos concretos que conlleva una actividad determinada por lo que la carga de la prueba que debe hacer el interesado en llevar adelante la actividad tiene objeto definido: demostrar razonablemente y con criterios científicos la afrontabilidad de los riesgos. Caso contrario, dado que los efectos habrían de resultar sobre toda la sociedad, no cabe considerar admisible que alguien en beneficio comercial particular (aun cuando pueda ser en beneficio científico o de desarrollo de toda la comunidad) pueda ser autorizado a disponer con ligereza de los bienes comunes. Ello, especialmente, cuando se trata de actividades que se sospecha -con base en fundamentos científicos- pueden tener resultados catastróficos o graves de modo irreversible para las generaciones futuras.

El deber de actuar del Estado (custodio de los bienes comunes) incluye la obligación de: -agotar las vías para alcanzar las certezas necesarias en torno a la existencia o no del riesgo sospechado antes de autorizar una actividad, como así también cubrir las seguridades básicas acordes al potencial riesgo dudoso a afrontar; -asegurarse que el mejor conocimiento científico se base en elementos objetivos (vg. biológicos, químicos, físicos) ponderados por autoridad responsable no interesada en los resultados, de modo transparente; -llevar adelante la revisión continuada y regular de la actividad y su riesgo y los medios para enfrentarlo a la luz de los progresos científicos; -hacer lugar a la participación social de conformidad al principio democrático y lo establecido en el art. 10 de la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo, pero sin olvidar que la autoridad/sociedad de un momento y lugar dado no puede considerarse legitimada para “asumir” un riesgo, cuando el posible daño habría de ser grave e irreversible y recaer sobre un colectivo mucho mayor que aquél sobre el que está habilitado a disponer (vg.: la humanidad percibida con criterio global e intergeneracional).

Destacamos lo señalado precedentemente ya que el daño ambiental temido en el caso de riesgo incierto, suele caracterizarse por: -implicar un “consumo-daño del ambiente” (bien común) en interés prioritariamente particular (aun cuando en última instancia la actividad pueda redundar en beneficio general); -exteriorizarse lenta y acumulativamente, no siendo detectable de inmediato; -por acarrear efectos distintos de los esperados (eventualmente más graves); -tener efectos directa o indirectamente transnacionales; -resultar difícil o imposible dar por probada científica e indubitablemente la relación entre causa eficiente y consecuencia, favoreciendo con ello la falta de responsabilidad frente al daño; -dificultar la adopción de medidas adecuadas de previsión atento a la incertidumbre del riesgo y, en caso de producirse un daño, conllevar dificultades para minimizarlo o suprimirlo eficientemente.

El principio de precaución se considera principio eje para el logro del desarrollo sustentable, sostenible, durable. Su desconocimiento en grado extremo puede resultar letal para el planeta y el género humano.

2.6. Principio de desarrollo sustentable

El informe presentado en 1987 por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas, conocido como Informe Brundtland, definió al desarrollo sustentable como “desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas”.

Si bien, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), en su artículo 27 enunció al desarrollo sostenible, no lo definió. La Agenda 21 ha sido el primer instrumento que vinculó economía, ambiente, pobreza y desarrollo, señalando la necesidad de integrar ambiente y desarrollo⁶⁵.

La *Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sustentable* de Johannesburgo (2002) reafirmó los principios de desarrollo sustentable enunciados en Río, al igual que su programa de acción. Con posterioridad, los Jefes de Estado, en el ámbito de Naciones Unidas y en el marco de las labores relativas al desarrollo de los “Objetivos del Milenio”, han ido formulando y reformulando una serie de metas, entre las que se cuenta “haber logrado en 2015 que todas las políticas y programas a nivel país hayan integrado los principios del desarrollo sustentable (...)”.

El párrafo preambular 13 de la Declaración sobre Desarrollo Sustentable de la International Law Association (2002) ofrece una definición amplia del “objetivo de desarrollo sostenible”, señalando que implica un amplio e integrado enfoque de los procesos económico-social-político-ambiental.

Un importante número de acuerdos internacionales multilaterales en materia ambiental han incorporado al derecho sustentable⁶⁶. Incluso, el Acuerdo de Marrakech que crea la Organización Mundial del Comercio y algunos acuerdos del sistema de comercio multilateral conexos han contemplado al desarrollo sustentable. A pesar de ello, no cabe considerar al principio de derecho sustentable una norma consuetudinaria esclarecida en su contenido, en tanto, al igual que el principio general de cooperación, constituye a nuestro criterio -más que una norma intersticial- expresión unitaria de un contenido plural de obligaciones vinculantes en permanente desarrollo.

Los contenidos normativos más importantes del principio-objetivo de desarrollo sostenible (vinculados a otros principios del derecho ambiental) son: -el uso de los recursos naturales debe ser equitativo y razonable; -la protección del medio ambiente es parte integrante del proceso de desarrollo y no puede considerarse en forma aislada; - toda actividad potencialmente dañosa debe ser sujeta a estudio-evaluación de impacto ambiental como medida necesaria de prevención y precaución para asegurar el desarrollo sostenible; - los Estados deben reducir y eliminar los sistemas de producción y consumo insostenibles; - los Estados deben cooperar en el desarrollo del conocimiento científico mediante el intercambio de información, la difusión, la transferencia de tecnología⁶⁷.

⁶⁵ Puede considerarse como un antecedente de esa vinculación, la Res. 1831 (XVII) de la AG NU sobre *Desarrollo Económico y Conservación de la Naturaleza*. Asimismo, es de destacar el “Reporte Founex” preparado para la Conferencia de Estocolmo (1972), que señaló las ramificaciones de las relaciones entre medioambiente y desarrollo y fundó la Declaración de Estocolmo (1972).

⁶⁶ *I.a.*: la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* (1992); su *Protocolo de Kyoto* (1997); el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* (1992); su *Protocolo de Cartagena* (2000); la *Convención sobre la Lucha contra la Desertificación* (1994); el *Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de consentimiento fundado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional* (1998); la *Convención de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes* (2001).

⁶⁷ Si bien, con relación al desarrollo sustentable, al igual que con otros objetivos ambientales, no cabe un acercamiento puramente estatal o interestatal atento a la multiplicidad de los actores involucrados (de los que decisivamente depende el logro de los objetivos), atento a que estamos efectuando un análisis de las

2.7. Principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas

Este principio tiene un *status* reconocido no sólo en el derecho ambiental sino también en distintos campos del Derecho internacional, entre ellos, el de los derechos humanos y el derecho internacional comercial. Es considerado piedra angular del desarrollo sostenible. Se funda en los principios generales del derecho de la equidad y el no abuso de derecho. Precisamente, el principio 7 de la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (1992) ha establecido: “*Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen*”⁶⁸.

Antes de la Declaración de Río las diferentes responsabilidades se basaban en las distintas capacidades y grado de desarrollo (vg. Convenio para la Protección de la Capa de Ozono). A partir de Río ha surgido la idea de responsabilidad en dimensión intertemporal y los daños causados al ambiente por los Estados desarrollados.

Existen grandes diferencias en la percepción de este principio entre los Estados desarrollados y los en vía de desarrollo. Por ejemplo, EE.UU., entre otros países, no acepta la interpretación del principio en el sentido de que implica la aceptación de una obligación internacional o la limitación de responsabilidades de los Estados en desarrollo. La International Law Association en su *Declaración de Nueva Delhi sobre los Principios del Derecho internacional relativos al Desarrollo Sustentable* (2002) ha mantenido el “deber de cooperar en el logro del desarrollo sostenible global” y ha requerido el reconocimiento de “las necesidades y los intereses especiales de los países en desarrollo y países con economías en estado de transición” y los “adversamente afectados por cuestiones ambientales, sociales y de desarrollo”.

Las más visibles aplicaciones del principio se dan en el marco de la Convención sobre Cambio Climático⁶⁹ y el Protocolo de Kioto⁷⁰. El Acuerdo de París de 2015 ya desde el preámbulo relaciona equidad con responsabilidades comunes pero diferenciadas: *Deseosas de hacer realidad el objetivo de la Convención y guiándose por sus principios, incluidos los principios de la equidad y de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales.* En su art. 2.2. expresa: *El presente Acuerdo se aplicará de modo que refleje la equidad y el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales.* A su vez,

fuentes normativas del DIMA, nos referimos al principal sujeto del Derecho Internacional, el Estado, el que ha generado y asumido las obligaciones en materia de protección internacional del medio ambiente.

⁶⁸ Los principios 6 y 11 también se relacionan al principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas. El primero, al hacer referencia a la prioridad que debe darse a la situación especial y las necesidades de los Estados en desarrollo, en particular, los menos desarrollados. El segundo, al señalar que ciertos estándares pueden resultar inapropiados para los Estados en desarrollo.

⁶⁹ La Convención sobre Cambio Climático tanto en el preámbulo como en el art. 3.1 hace referencia al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, haciendo hincapié en el liderazgo que les cabe a los países desarrollados en la protección del sistema climático.

⁷⁰ La COP 18 sobre cambio climático ratificó el segundo periodo de vigencia del Protocolo de Kioto desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2020, con metas concretas a plazo. Sin embargo, algunos Estados (EE.UU., Rusia, Canadá) no apoyaron la prórroga.

el art. 4.19 establece: *Todas las Partes deberían esforzarse por formular y comunicar estrategias a largo plazo para un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero, teniendo presente el artículo 2 y tomando en consideración sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales.*

IV. Reflexiones Finales

Los PGDA (llamados frecuentemente principios del derecho ambiental/PDA en el derecho interno argentino) son normas consuetudinarias generales, independientemente de su incorporación en un texto escrito (ley, decreto, reglamento u otro; tratado y/o resolución de organización internacional). Conforme el sistema jurídico argentino -vía incorporación del Derecho internacional en la CN- tanto los PGA del derecho interno argentino como los PGDA del derecho internacional son complementarios entre sí y constituyen derecho unitario, vigente, vinculante y exigible, no meros principios interpretativos o simples guías de acción.

PRINCIPIOS AMBIENTALES Y PROCESO CAUTELAR AMBIENTAL⁷¹

ENVIRONMENTAL PRINCIPLES AND ENVIRONMENTAL PRECAUTIONARY PROCESS

ALICIA MORALES LAMBERTI⁷²

Resumen: El trabajo examina la relación e influencia de los principios jurídicos ambientales en el proceso ambiental. En particular, el análisis se centra en la función hermenéutica, axiológica y operativa de los principios de prevención, precaución, responsabilidad y sustentabilidad en el proceso ambiental, definiendo algunos aspectos medulares que se relacionan con los contornos del denominado “proceso urgente autónomo y definitivo” para la efectiva protección de los derechos de incidencia colectiva lesionados.

Palabras-clave: Derecho ambiental - Principios ambientales - Proceso ambiental.

Abstract: This paper examines the relationship and influence of environmental legal principles on the environmental process. In particular, the analysis focuses on the hermeneutical, axiological and operational role of the principles of prevention, precaution, responsibility and sustainability in the environmental process, defining some core aspects that are related to the contours of the so-called "autonomous and definitive urgent process" for the effective protection of rights of collective incidence injured.

Keywords: Environmental law - Environmental principles - Environmental process.

Sumario: 1. Introducción.- 2. La dimensión axiológica y deontológica de los principios ambientales.- 3. La colisión entre derechos individuales y derechos y bienes colectivo s.- 4. Particularidades del proceso colectivo ambiental y la tutela preventiva.- 5. Los principios preventivo y precautorio y el proceso cautelar ambiental.- 6. Los principios de prevención y precaución y el denominado “proceso urgente, autónomo y definitivo”.- 7. La actuación operativa del principio precautorio en la decisión judicial.- 8. Relación de síntesis.-

1.-Introducción

Uno de los cimientos de la columna vertebral del derecho ambiental reposa en la función ambiental de los derechos subjetivos, en cuyo marco los bienes y valores colectivos, sumados a los principios de política ambiental (art. 4º), se erigen como verdaderos abecedarios sustantivos y procesales de derecho ambiental.

La Ley General del Ambiente N° 25675 (LGA) desarrolla analíticamente el precepto constitucional que establece el derecho a un ambiente sano (art. 41), establece en su artículo 6º los presupuestos mínimos que el artículo 41 de la Constitución Nacional (CN) anticipa, fija los objetivos y los principios rectores de la política ambiental, y los instrumentos de gestión para llevarla a cabo (artículos 2, 4 y 8).

Asimismo, la LGA confiere contenido sustantivo y procesal para su defensa (art. 43 CN). Superando el límite de una ley de presupuestos mínimos, tal como si se tratara de una auténtica ley federal, ingresa dentro de las selectas normas que evidencian un desenvolvimiento constitucional, desarrollando supuestos fácticos y epistemológicos que colaboran a definir la evolución del conflicto jurídico ambiental, por cuanto el paradigma jurídico que ordena la regulación ambiental pasa a ser ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema. Con

⁷¹ Trabajo recibido el 6 de agosto de 2017 y aprobado para publicación el 27 del mismo mes y año.

⁷² Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Catedrática de Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental de la Facultad de Derecho de la UNC. Miembro titular del Instituto de Derecho ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

ello, la noción de territorialidad federal se relativiza, emergiendo la de territorialidad ambiental, como bien lo establece la Ley General del Ambiente⁷³.

Como ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), la referida ley, ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales -destinadas a regir las contiendas en las que se discute la responsabilidad por daño ambiental-, y ha consagrado principios ordenatorios y procesales aplicables al caso, y que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley.

2.-La dimensión axiológica y deontológica de los principios ambientales

La discusión teórica acerca de los principios jurídicos parte fundamentalmente de la obra de Ronald Dworkin⁷⁴. Dos notas caracterizan a los principios y a las reglas: La dimensión del “peso” de los principios y la aplicabilidad “todo o nada” de las reglas⁷⁵. Esta diferencia es crucial en la práctica: las reglas son aplicadas mediante subsunción, de modo que un supuesto de hecho o articula o no articula en el antecedente de una regla. Por ello, las reglas se identifican por su idoneidad para servir de premisa mayor en el silogismo judicial.

Por lo que se refiere a los principios, estos forman parte del ordenamiento jurídico en función de su contenido y, por ello, su distintivo es el *peso* en sentido axiológico. La operación ponderativa es vista como una comparación de pesos relativos de principios, los cuales, al carecer de una condición de aplicación cerrada, exigen la deliberación del intérprete y operador jurídico.

Alexy⁷⁶ ahonda en la distinción trazada por Dworkin y sostiene que los principios son *mandatos de optimización*, que deben ser realizados en “la mayor medida posible” según las oportunidades fácticas y legales. Se trata del teórico que con mayor detalle ha descrito y analizado el método ponderativo y quien en mayor medida ha aportado una visión normalizada de la ponderación tanto en el ámbito de discusión teórica como en su recepción por parte de los tribunales.

Si bien los principios no parecen estar hechos de una sustancia significativamente distinta de las reglas, no cabe duda que manejar principios es generalmente una tarea más compleja y discrecional que la aplicación de reglas, el núcleo de la distinción es que los principios son mandatos de optimización. Esto significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas. En cambio, las reglas son mandatos definitivos, siempre pueden ser realizadas o no.

3.-La colisión entre derechos individuales y derechos y bienes colectivos

Sólo puede hablarse de una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos si, y en la medida en que, tienen carácter de principios, es decir, son mandatos de optimización. En la medida en que, tienen carácter de reglas, es sólo posible un conflicto de reglas, que es totalmente diferente a una colisión de principios.

En el campo del derecho ambiental, implica una precedencia lógica del principio protectorio ambiental con clara influencia en el juicio de ponderación (opera como un

⁷³ CSJN, Fallos: 340:1695.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*, Cambridge Mass., Londres, 1985.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, 2ª edición, Londres, 1978, p. 22 y ss.

⁷⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, 2ª Ed., Gedisa, España, 1984.

metavalor)⁷⁷. Se establece una relación de precedencia condicionada al indicar, haciendo referencia al caso, condiciones bajo las cuales un principio precede al otro.

La relación de precedencia condicionada que soluciona la colisión expresa una determinación, referida a un caso, del peso de los principios en juego y es, en esta medida, el resultado de una ponderación. Tanto en el lenguaje ordinario como en el de la jurisprudencia, las dos versiones (dimensión axiológica y deontológica) son utilizadas intercambiamente. Desde el punto de vista de la jurisprudencia, las variantes deontológica y axiológica son tenidas en cuenta, ya que, por una parte, de la estructura de los principios resultan reglas de la ponderación racional: los intereses colectivos son fundamentaciones para que algo sea un bien colectivo jurídicamente relevante (ambiente).

Complementariamente, el art. 2º del Código Civil y Comercial (CCyC) obliga al intérprete a ponderar los principios y valores jurídicos del derecho ambiental⁷⁸. Las disposiciones de la Ley General del Ambiente N° 25675 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 ésta*”. Más ampliamente, en relación a los principios de política ambiental, “la interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental”, estarán sujetas al cumplimiento de los principios definidos en el art. 4º de dicha Ley.

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 (Fallos: 186:170; 296:432). 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 protegidos⁷⁹.

Con ello, la apropiada articulación de los principios generales -sustanciales y adjetivos- que gobiernan la tutela del derecho ambiental posee una influencia hermenéutica y operativa en el proceso colectivo ambiental que resulta insoslayable.

4.-Particularidades del proceso colectivo ambiental y la tutela preventiva

Cuando se hace referencia al acceso a la justicia, resulta inevitable pensar en un principio constitutivo del derecho ambiental: “*El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie*”⁸⁰.

Si bien el acceso a la justicia es un concepto más amplio que el de la jurisdicción, porque condensa un conjunto de instituciones, principios procesales, directrices y garantías políticas, sociales y jurídicas, destinados a ofrecer y realizar la tutela jurisdiccional de las garantías y derechos ambientales en su doble dimensión, esto es como derechos humanos básicos y como derechos de incidencia colectiva.

El derecho de acceso a la jurisdicción, entraña la legitimación a nuevas relaciones de poder y ciudadanía, donde los nuevos valores y las nuevas visiones del mundo que se

⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, Edit. La Ley, 2008.

⁷⁸ “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”.

⁷⁹ Cfr. “Telefónica de Argentina S.A.”, CSJN, en LL 28/08/2007, 6, con nota de Walter F. Carnota.

⁸⁰ Art. 32 Ley 25675.

expresan en el discurso del desarrollo sustentable resignifican el valor del proceso judicial y construyen nuevos sentidos existenciales de un proceso que se nutre de un nuevo *ethos*, de modo tal que la garantía de todos los habitantes a un ambiente sano, no resulte retórica, sino práctica, real y útil.

La protección eficaz del derecho a un ambiente sano necesita del funcionamiento de un proceso colectivo que, por encima de ritualismos, impone el sentido de una justicia sustancial. Cuando están en juego intereses de incidencia colectiva, el proceso debe adaptarse a las superiores necesidades de justicia, bajo riesgo que se tornen meras declamaciones las normas de rango constitucional que imponen la protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano.

La tutela preventiva, objetivo principal en la materia ambiental, se expresa a través de la prioridad asignada a la recomposición del ambiente dañado por los artículos 41 de la CN y 28 y 30 de la LGA, resultando la indemnización siempre subsidiaria para aquellos casos que no fuere técnicamente posible la recomposición.

Es en este último aspecto en donde cobra especial trascendencia el “mandato preventivo”, que resulta el instrumento clave de la protección especial: la prevención del daño, o la producción o propagación del daño ambiental a futuro.

En este contexto, juegan un rol importantísimo los principios ambientales reglados del artículo 4° de la LGA. Ellos modifican la morfología del proceso ambiental, delineando sus contornos. 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 precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4° 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”*⁸¹.

Es a la luz de estos principios -que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional-, en cuyo marco 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. En igual sentido debe interpretarse el último párrafo de ese artículo en cuanto en él se 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.

5.- Los principios preventivo y precautorio y el proceso cautelar ambiental

El principio de precaución refuerza la finalidad preventiva del derecho ambiental. Ambos, son dos de los principios consagrados en el artículo 4° de la LGA, que centralmente integran la política ambiental. Se diferencia de la prevención en que ésta se desarrolla en un ámbito de incertidumbre acerca de si el daño va o no a producirse en un caso concreto pero no existen dudas científicas sobre la peligrosidad de la cosa o actividad, es decir sobre si existe el riesgo de que un determinado daño pueda o no tener lugar. En cambio, la precaución requiere de la existencia de peligro de que se produzca un daño grave o irreversible y también incertidumbre científica acerca de que ese daño pueda tener lugar,

⁸¹ Fallos: 333: 748, disidencia de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

situación que no podrá impedir la adopción de medidas eficaces para evitar la degradación del ambiente y debe concretarse siempre bajo el imperio de la regla de la proporcionalidad entre el costo económico social y la medida a adoptar, fiel expresión de los principios ambientales de sustentabilidad, responsabilidad y equidad intergeneracional. En otras palabras, el riesgo potencial caracteriza al ámbito de aplicación del principio precautorio, en tanto el riesgo real efectivo y concreto, al ámbito propio del principio preventivo⁸².

La tutela preventiva y/o la precautoria se relacionan con la sustentabilidad del desarrollo, es decir, a un modelo de crecimiento que en los términos del art. 41 de la CN, satisface las necesidades de la presente generación sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas.

Se encuentra superado el debate que subyacía en la aparente confrontación de los presupuestos clásicos de admisibilidad de la acción de amparo ambiental y los principios precautorio y de prevención receptados por la LGA, en la medida que los mismos exigen que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atiendan en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. Se trataba de decidir, cuál era el camino a seguir para resolver esta cuestión ambiental, si el del amparo -tal como dispone la misma LGA-, o el de un proceso de conocimiento en el que se desarrolle una actividad probatoria más amplia⁸³.

Actualmente la acción preventiva ambiental, se define como aquella que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños ambientales potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción⁸⁴. La definición podría ser la misma para la tutela inhibitoria, pero lo preventivo supone, además de un mandato específico de hacer o no hacer, adelantarse al peligro y eludir la actuación *ex post facto*.

Por su parte, el denominado por la propia Corte Suprema como “amparo ambiental”, reconoce una sub especie de amparo: la acción de cese para actividades que inician su ejecución sin haber completado el procedimiento preventivo ambiental, cuando la acción ha sido integrada por las disposiciones del tercer párrafo del artículo 30 de la LGA en el que se ha reglado una especie específica de acción por cese del daño ambiental dentro de la vía procesal del amparo⁸⁵.

En este sentido, la acción de cese será un elemento gravitante para lograr la detención del daño ambiental de manera previa a que éste se produzca. Su objetivo es hacer cesar al agente dañador en tiempo anterior a la consecución del agravio⁸⁶ u ordenando la cesación del daño potencial⁸⁷. Más concretamente, se ha resuelto que “*es procedente la acción de*

⁸² CAFFERATTA, Néstor A. “El principio precautorio”, en: RCyS 2014-I, 5.

⁸³ “Cámara Pesquera Marplatense c/ Estado Nacional (S.A.G.P.yA.) s/Acción de Amparo”, Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata Expediente N° 11.481, 12.11.2009.

⁸⁴ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. “Precisiones y pareceres sobre la tutela diferenciada”, en *Sup. Const* 2009 (junio), 01/01/2009, 46 - LA LEY 2009-D, 255.

⁸⁵ “Basiglio, Edita Concepción c/ Granja Avícola Huefres S.R.L. S/ Amparo”, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, Expediente N° 42.094, 29.052007.

⁸⁶ ESAIN, José. “La medida autosatisfactiva ambiental. La suspensión de actividades iniciadas en su ejecución sin procedimiento preventivo ambiental”, en LA LEY 2004-C, 275.

⁸⁷ Vid. “Peralta, Viviana c. Municipalidad de San Jorge y otros”. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala II, 09/12/2009, en LA LEY 19/04/2010 y “Di Vicensi, Oscar Alfredo c. Delaunay, Jorge”, Tribunal en lo Criminal N° 2 de Mercedes, 02/04/2008, *Sup. Amb.* 16/12/2008, 1, con nota de Belén Esteves.

amparo promovida por un vecino para hacer cesar la contaminación ambiental que afecta a su comuna, pese a no haberse probado lesiones actuales a la integridad psicofísica del amparista, sí existe un riesgo cierto y actual de que ocurran en el futuro, máxime considerando que tal riesgo también afecta a los demás vecinos, debiendo el juez desplegar técnicas preventivas para neutralizar el riesgo o aminorar en lo posible sus consecuencias lesivas”⁸⁸.

Por su parte, en relación a la acción de amparo ambiental, la doctrina judicial es coincidente en que en el juicio de admisibilidad formal del amparo no puede prescindirse de la vigencia de la CN en la medida en que ella ejerce influencia sobre las normas locales, atento que la facultad que reconoce el Art. 43 CN no puede limitarse por una norma inferior, prevaleciendo el precepto constitucional, superior en jerarquía, posterior en el tiempo y más idónea para contemplar los derechos de incidencia colectiva en juego. Este encuadramiento desde la perspectiva de los derechos de incidencia colectiva comprometidos, permite modificar radicalmente el criterio restrictivo sustentado en orden al carácter de la acción. En efecto, teniendo en cuenta que es doctrina de la Corte Suprema⁸⁹ que el art. 43 de la CN sólo supedita el amparo a que no exista otro medio judicial más idóneo y, en supuestos en que los otros caminos procesales son menos o igualmente aptos que la vía del amparo colectivo, éste “*cumple un rol de vía alternativa y no subsidiaria, máxime cuando no es el demandante quien debe demostrar que no existe otra vía judicial más idónea, ya que esa tarea compete al juez*” y ello no significa que se defienda un interés general y difuso a que se cumpla con la CN y las leyes, sino intereses legítimos para que se preserve un derecho de incidencia colectiva.

En efecto, la acción de amparo ambiental resulta la vía jurisdiccional idónea que opera como alternativa principal, y no subsidiaria, cuando los derechos lesionados constituyen enunciados básicos, reconocidos constitucionalmente, en el campo de la protección del hábitat humano, importando además y especialmente, una garantía tendiente a asegurar el rápido y efectivo acceso a la jurisdicción, a fin de tutelar su vigencia cierta⁹⁰.

La flexibilización del principio dispositivo y sus límites en el proceso ambiental, fue abordado por la Corte Suprema en la causa “Mendoza” desde su pronunciamiento liminar⁹¹, sustituyendo la mirada de los principios incommovibles e inamovibles del derecho privado, por un proceso abierto al juego y balance de valores e intereses contrapuestos de inusitada trascendencia pública e institucional. 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 instrumentales⁹². En materia de tutela ambiental, sostuvo la Corte, “*las reglas*

⁸⁸ CCC.Mercedes, 6/4/04 – “Spagnolo c/ Municipalidad de Mercedes”, LL 2005-C, 60 y LL2004-D, 778.

⁸⁹ Causa M. 1486. XXXVI. M. 1491. XXXVI. Recurso de hecho. “Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo”, Fallos 325:524.

⁹⁰ “Maldonado, Vicente O c. Municipalidad de Córdoba y/u otro”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1ª Nominación de Córdoba, 20/11/1997, en LLC 1998, 98: Más precisamente, en Córdoba “*El art. 43 de la CN, ha derogado tácitamente los recaudos de admisibilidad establecidos en legislaciones de jerarquía inferior, como la ley 4915 de Córdoba, que consagraban la subsidiariedad del amparo ante la existencia de otros remedios, como las vías administrativas previas o los procesos ordinarios. La acción de amparo es desplazada sólo si hay otra vía judicial más rápida. A igualdad de medios judiciales podrá recurrirse al amparo y solamente podrán desplazarlo si resultan de mayor utilidad para el particular damnificado, pero nunca si tienen una igual o menor*”.

⁹¹ Causa “Mendoza”, CSJN - 20.06.2006.

⁹² “(...) (E)l Tribunal tiene el deber de preservar los valores superiores comprometidos y, en consecuencia, corresponde que otorgue un lugar preeminente a aquellos mandatos de raigambre constitucional por sobre regulaciones meramente instrumentales que, bajo la pretensión de reglar el acceso a la jurisdicción de sujetos potencialmente legitimados, no pueden frustrar ni dilatar insuperablemente las altas garantías puestas en cuestión desde antes por quienes promovieron la reclamación”.

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”.

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 escapan 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 25675”*, pero la morigeración de los principios vigentes en el tradicional proceso adversarial civil y las formas rituales, no configura fundamento apto para permitir el apartamiento de reglas procedimentales esenciales que, de ser admitidos, terminarían por convertir al proceso judicial en una actuación anárquica⁹³.

6.- Los principios de prevención y precaución y el denominado “proceso urgente, autónomo y definitivo”

Reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado que *“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”* (Fallos: 331:1622). Como ocurre con toda excepción singular, ésta a su vez, se constituye en una nueva regla singular dentro del marco normativo de la ley general del ambiente, que se enuncia 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”* (Fallos 333:748).

Cabe preguntarse qué contenido y alcance tiene la nueva regla por la que 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”*, ya que la preservación del medio ambiente no puede restringirse a una mera *“tutela nominal”*, sino que implica una profunda revisión y alteración de los factores degradantes, con un sentido tuitivo trascendente, que debe salvaguardar con amplitud los intereses ecológicos y sociales comprometidos.

En ejercicio de los amplios poderes y facultades atribuidos por el art. 32 de la LGA y en aplicación expresa del principio precautorio, no han faltado precedentes, en los que se decidió bilateralizar una medida autosatisfactiva -imprimiéndoles el trámite sumarísimo- y bilateralizar una medida cautelar innovativa solicitada, con la participación de la parte actora para la efectivización de la cautela⁹⁴.

De esta manera, no ha habido obstáculo para que la vía procesal para la prevención y recomposición sea el amparo, cuando la pretensión implica un hacer o una prestación en el legitimado pasivo, más allá que ese *“proceso urgente, autónomo y definitivo”* previsto por la ley 25675 *“ha creado un proceso y procedimiento más amplio que el amparo y que, por lo tanto, necesariamente incluye en el marco del mayor debate y prueba, el eventual cese de la actividad dañosa y la adopción de medidas de resguardo para el futuro”*⁹⁵.

⁹³ CSJN, Fallos 329:3445.

⁹⁴ “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE - EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora”, Cámara Federal de La Plata, 08.07.2003.

⁹⁵ Del voto en disidencia de los doctores Maqueda y Zaffaroni, en “Assupa c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros”, cit.

En este contexto, juegan un rol importantísimo los principios ambientales reglados del artículo 4° de la ley 25675. Ellos modifican la morfología del proceso ambiental, delineando su contorno. 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 precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4° 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).

Es a la luz de estos principios -que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional-, 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. Por ende, los umbrales del *proceso urgente, autónomo y definitivo* reconocen base normativa constitucional (arts. 41 y 43 CN) y sus contornos se delinearán con fundamento en los arts. 4, 30 y 32 de la Ley 25675⁹⁶. Luego, ese *proceso urgente, autónomo y definitivo* es el previsto -en sus rasgos esenciales-, por la ley 25675, que ha creado un proceso y procedimiento más amplio que el amparo y que, por lo tanto, necesariamente incluye en el marco del mayor debate y prueba, el eventual cese de la actividad dañosa y la adopción de medidas de resguardo para el futuro⁹⁷.

En consecuencia, se puede constatar que en el *proceso urgente, autónomo y definitivo*, la condena que se dicte consiste en un mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados, cuyo contenido es determinado por el Tribunal en uso de las atribuciones que le corresponden por la Constitución y por la LGA, caracterizándose por la urgencia, bilateralidad, autonomía y el carácter definitivo.

Entre las características de este proceso preventivo y precautorio, pueden observarse ciertas coincidencias con las medidas innovativas y/o autosatisfactivas, en razón de que: *a)* no constituyen medidas cautelares; *b)* no tienen carácter instrumental ni son provisionales; *c)* requieren de un mínimo contradictorio o debate bilateral sumarásimos que garantice el derecho de defensa en juicio y la garantía del debido proceso, mientras que las cautelares pueden ser dictadas inaudita parte; *d)* tienen como requisito de procedencia que se acredite una fuerte probabilidad, cercana a la certeza, de la atendibilidad de derecho invocado, en el marco de la presencia de una situación fáctica actual idónea para producir un daño futuro (prevención), o un peligro daño grave e irreversible (precaución), que obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego; *e)* revisten carácter urgente; *f)* la resolución que se dicta reviste el carácter de definitiva, adquiriendo por ende, el carácter de cosa juzgada, situación que no ocurre en las cautelares y *g)* no es propiamente una tutela inhibitoria sino la expresión de una función jurisdiccional de tipo preventivo y precautorio (porque es un procedimiento autónomo), no cautelar (porque es independiente del proceso principal),

⁹⁶ Los contornos que lo definen, surgen de la regla establecida en el considerando 15° de la sentencia en la causa “Mendoza” (Fallos: 331:1622): “*la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces*” y la sentencia “*resuelve de modo definitivo la específica pretensión sobre recomposición y prevención que ha tramitado por medio de este proceso urgente y autónomo*”.

⁹⁷ Disidencia de los doctores Maqueda y Zaffaroni, en “Assupa c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros”, citado anteriormente.

que genera un proceso de conocimiento y de condena atípico.

7.- La actuación operativa del principio precautorio en la decisión judicial

Es frecuente que los conflictos ambientales, planteen situaciones de amenaza de peligro de daño ambiental grave o irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio, suscitando verdaderos dilemas judiciales, porque confluyen derechos constitucionales en conflicto: la interdicción del libre ejercicio del derecho de propiedad *versus* la protección de la salud y el ambiente o bien, conflictos entre el interés público ambiental y otros intereses públicos no menos relevantes. Para estos casos difíciles, no hay una única respuesta correcta, pues dos valores importantes entran en conflicto entre sí y cualquier decisión que se tome será percibida como no satisfactoria.

La prescindencia del orden público ambiental en la decisión judicial, contraría la doctrina judicial de la precedencia lógica de los bienes comunes, el que prevalece sobre las aspiraciones particulares; es decir, que *“ante el enfrentamiento de intereses que el ordenamiento reconoce como válidos la disputa debe remediarse dando preferencia al que tiene carácter público toda vez que éstos tienen un valor superior”*⁹⁸.

No escapa a la experiencia, que ese juicio de ponderación de intereses opuestos, plantea un escenario de principios y valores en tensión donde la razonabilidad de las opciones para la solución del problema –cuando no se aplica un criterio de complementación-, corren el riesgo de la parcialización de los argumentos hacia la tradicional prevalencia del paradigma de los bienes y derechos individuales patrimoniales, por sobre el paradigma de los bienes colectivos inmateriales y no patrimoniales, propios de la esfera social, caracterizados por su indivisibilidad, uso común, trans individualidad y no disponibilidad para las partes⁹⁹, que es la base del principio de orden público ambiental.

La naturaleza legal del concepto de precaución, implica una obligación de aplicarlo en la toma de decisiones cuando hay incertidumbre respecto a 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, agua y salud. En este sentido, su recepción 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 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, demuestran que lo actuado desconoce los arts. 41, 43 y 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país”*¹⁰⁰.

⁹⁸ Así se ha establecido por la Corte Suprema en Fallos: 253:135; 258:171; 255:330, entre otros. Los principios de prevención, precautorio, de progresividad, de responsabilidad y de solidaridad, según lo dispone el art. 4 de la ley 25675, imponen que no deban ser trasladadas directamente y sin mayor consideración las pautas propias del derecho patrimonial individual para la consideración de pretensiones que alcanzan al medio ambiente como bien indivisible. (“Asociación de Superficiales de la Patagonia c. YPF S.A. y otros”, del voto en disidencia de los doctores Maqueda y Zaffaroni).

⁹⁹ “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” – CSJN, sentencias del 20/06.2006 y 08/07/2008.

¹⁰⁰ “Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción”, en LA

La integración efectiva del principio precautorio en la jurisprudencia de la Corte, superando su postura tradicional denegatoria, es muy reciente. Hasta hace escasos años, la aplicación de la precaución frente a la amenaza de daños ambientales irreversibles y la ausencia de su certeza, implicaba colocar en cabeza del actor la carga de la prueba¹⁰¹. Luego, se fueron esclareciendo algunos argumentos, en el entendimiento que este principio no es una regla que establece cómo debe tomarse una decisión particular o concretar un resultado, sino una directriz legal que opera como una guía general para decisiones urgentes, aunque falten evidencias incontrastables, exigiendo el deber de actuar de modo consecuente, al menos hasta que existan estudios científicos que demuestren lo contrario¹⁰².

También se ponderó la clara inversión de la carga de la prueba que implica el principio de precaución: *“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”*¹⁰³.

Con posterioridad, en base a precedentes donde la aplicación del principio precautorio había estado implícita¹⁰⁴ y por resultar aplicable al caso el artículo 4° de la ley 25675, la Corte ordenó una medida cautelar urgente para garantizar el cese provisional del desmonte y la tala de bosques nativos, hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos¹⁰⁵. Lo atípico de esta causa (amparo ambiental) es que previamente el Procurador General se había pronunciado entendiendo que la causa era ajena a la competencia originaria de la CSJN. No obstante, por concurrir los requisitos para dictarla, en particular la posibilidad de perjuicios inminentes o irreparables, dispuso la medida cautelar solicitada, según lo previsto en el art. 196 del CPCCN y sin perjuicio de la decisión que en definitiva pueda recaer acerca de la competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la CN¹⁰⁶, la que ha sido postergada por sucesivos pronunciamientos hasta el presente.

En este caso, se configuró una situación clara de peligro de daño grave que podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, *“afectando no sólo a los*

LEY 2008-F, 93.

¹⁰¹ CSJN: “Debe rechazarse el amparo entablado contra la Entidad Binacional Yacyretá a fin de que no se eleve la cota de embalse de 76 metros sobre el nivel del mar mientras no se realicen y aprueben los estudios de evaluación del impacto ambiental, con el objeto de dilucidar el posible trasvasamiento de agua desde el lago de Yacyretá hacia los esteros del Iberá porque ello podría generar daños ambientales irreversibles, pues, no se advierten actos del poder administrador que evidencien arbitrariedad o ilegalidad manifiestas en tanto los propios dichos de los actores revelan la ausencia de certeza en la que se encuentran” (“Intendente de Ituzaingó y otro c. Entidad Binacional Yacyretá”, LA LEY 2005-B, 725).

¹⁰² Del dictamen de la Procuradora Fiscal que los Dres. Maqueda y Zaffaroni hacen suyo en su voto en disidencia “Werneke, Adolfo Guillermo y otros c. Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires”, en LA LEY 24/12/2008, 11.

¹⁰³ Causa S. 1144. XLIV. ORI. “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, 29.12.2008.

¹⁰⁴ Causa D.251.XLIII. “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Buenos Aires, Provincia de y otro –Estado Nacional- s/ amparo”, sentencia del 24 de abril de 2007, Fallos: 330:1915, entre otros.

¹⁰⁵ Causa S. 1144. XLIV. ORI. “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, resoluciones del 19.12.2008 y 29.12.2008.

¹⁰⁶ El Tribunal adoptó este mismo criterio por vía de su instancia originaria en la causa L.733.XLII “Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros/ acción declarativa de certeza” (Fallos: 330:111).

*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*¹⁰⁷.

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

Cuando fuere necesario valerse de la justicia a fin de evitar un daño irreparable o para detener los efectos perjudiciales que ya hubieren comenzado a producirse, los procesos urgentes son protagonistas. Podrá acudirse, según sea el caso, a una medida cautelar, la que puede ser despachada oficiosamente, a una sentencia anticipatoria y a una medida autosatisfactiva.

Los argumentos relativos a la vigencia del principio de prevención y precautorio previsto en el art. 4° de la LGA, son los que han ratificado que es a la luz de estos principios que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional. Las amplias facultades y poderes que la LGA otorga a la autoridad judicial interviniente (art. 32) con el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general¹⁰⁸, comprender también la de disponer de oficio, en cualquier estado del proceso, con carácter de precautorio, medidas de urgencia¹⁰⁹.

También reiteradamente, el Máximo Tribunal ha recordado que *en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4° 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*¹¹⁰.

¹⁰⁷ Causa S. 1144. XLIV. ORIGINARIO. “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, resolución del 29.12.2008.

¹⁰⁸ Fallos: 329: 3493, disidencia de los jueces Maqueda y Zaffaroni.

¹⁰⁹ Fallos: 333:748, disidencia de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

¹¹⁰ Fallos: 339:751. Sobre esta base, la Corte sostuvo que “asiste razón a las recurrentes en cuanto afirman que la resolución apelada es arbitraria y, por ende, descalificable como acto jurisdiccional. En efecto, para confirmar el rechazo de la medida cautelar solicitada por la actora, la cámara se limitó a sostener de manera dogmática que su objeto coincidía con el de la demanda y que la importancia de la cuestión discutida exigía el análisis de las pruebas aportadas por ambas partes, sin hacer mérito de los argumentos de la actora relativos a la vigencia del principio precautorio previsto en el arto 4° de la Ley General del Ambiente, ni de los expresados con relación a la existencia de un informe pericial que acreditaría la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la cesación de la actividad minera en cuestión (...) al omitir toda referencia a la prueba aludida, la Cámara no realizó 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, principalmente, a la luz del ya citado principio precautorio (...)”.

La naturaleza federal de la Ley General del Ambiente N° 25675 ha sido también el fundamento de admisibilidad del recurso extraordinario en resoluciones que se refieren a medidas cautelares, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, en cuanto “*se observa la presencia de una cuestión federal, en la medida en que se encuentra en tela de juicio no sólo la interpretación dada por la alzada a diversas cláusulas de la Constitución Nacional (artículos 1, 5, 18, 19 y -sobremanera- los artículos 41 y 99, inciso 2), sino específicamente la compatibilidad entre la Ley General del Ambiente 25675*”¹¹¹, no obstante que no revisten el carácter de sentencias definitivas. Todo ello, en razón de la vigencia de la regla que “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” (causa “Mendoza” Fallos: 331:1622). De tal modo, hay sentencia definitiva, a los efectos del recurso extraordinario, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios referidos, contemplados en la Ley General del Ambiente.

La integración del principio de precaución en la aplicación y soporte de otros principios y derechos relevantes para la conservación y gestión de recursos naturales, incluyendo la prevención, responsabilidad por daños ambientales, equidad intergeneracional e intra generacional, el derecho a vivir en un ambiente sano, y los derechos humanos al alimento, agua, salud y vivienda, han justificado la toma de decisiones cautelares cuando hay incertidumbre respecto a las amenazas subyacentes, peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio, considerando las evaluaciones, valores, y percepciones culturales de los riesgos, amenazas, y acciones requeridas.

Con esos recaudos la Corte explicita que “*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*”. Con ello, se cumple con el mandato del art. 4 de la Ley 25675¹¹², en la medida que la adopción de medidas eficaces “en función de los costos”, supone ponderar costos monetizables y no monetizables, bienes e intereses patrimoniales y no patrimoniales, buscando un balance razonable entre los costos asociados y la seriedad e irreversibilidad de la amenaza potencial sobre el ambiente desde un punto de vista intra e intergeneracional.

De la moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente -que se basan esencialmente en los principios preventivo y precautorio del daño ambiental-, la defensa del derecho al agua como derecho colectivo y derecho humano, ha sido también fundamento para el ejercicio de una tutela preventiva, con fundamento en que “*los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (doctrina de Fallos: 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros) No hay duda de que en el caso, existe la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que está en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y al mismo tiempo existe una demora de la demandada en la solución definitiva de esta situación*”¹¹³. En el caso resulta de fundamental importancia el derecho de acceso al agua potable y la

¹¹¹ Fallos: 337:1420.

¹¹² 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.

¹¹³ CSJN, Fallos: 337:1361.

aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho.

Más ampliamente, 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*”¹¹⁴.

No han faltado las reflexiones sobre las consecuencias prácticas de la tensión que se presenta entre la presunción de legitimidad de los actos administrativos y el principio precautorio del derecho ambiental¹¹⁵. Es claro que a partir del caso “Salas” la doctrina tradicional ha sido reinterpretada, planteando el desafío de implementar el principio precautorio como argumento para la procedencia de las medidas cautelares, puesto que la LGA, al incorporar el principio precautorio, obliga a considerar con mayor laxitud el requisito de la verosimilitud del derecho, ello en atención al bien jurídico tutelado (ambiente) que goza de jerarquía constitucional. El legislador en materia ambiental ha ampliado los supuestos en los que se disponen estas medidas. Es decir, en caso de duda -entendida ésta como incertidumbre científica o ausencia de información por parte de la Administración- debe ceder la presunción de legitimidad de los actos administrativos¹¹⁶, en razón que el principio precautorio, lejos de desvirtuar la presunción de legitimidad, opera como un aporte al principio de legalidad, exigiendo el autocontrol de la Administración ante autorizaciones de actividades que impliquen peligro de daño ambiental grave o irreversible y exista ausencia de certeza científica o información concluyente.

La dimensión prestacional del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, también interpela aspectos relacionados con la responsabilidad del Estado por omisión o defectuoso ejercicio del poder de policía ambiental. Se ha señalado¹¹⁷ que “los elementos legalidad y razonabilidad han sufrido en todos estos años una fuerte modificación al ser analizados dentro de este panorama. Las nuevas decisiones de la administración sobre habilitaciones deberán tener un fuerte sustrato técnico científico justificante, porque el presupuesto de incertidumbre habilita la prohibición ante la falta de pruebas fehacientes sobre la inocuidad”.

Por otra parte, tratándose de decisiones administrativas en ejercicio del poder de policía ambiental, progresivamente se viene planteando que, en función del principio precautorio, su control no puede ser reducido a una mera cuestión de causalidad y riesgo, por cuanto la actuación administrativa se erige siempre más como un claro acto cultural de control social del riesgo¹¹⁸. A la Administración, nacional, estadual, provincial y municipal también les resulta aplicable el principio precautorio, en el ejercicio de su poder de policía y control ambiental: “*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*”¹¹⁹.

¹¹⁴ CSJN, Fallos: 327:2967.

¹¹⁵ EGUREN, María Carolina. “Informe sobre los procesos colectivos: Una perspectiva posibilista”, en *Sup. Esp. Cuestiones Procesales Modernas* 2005 (octubre), 90.

¹¹⁶ EGUREN, María Carolina. Op. Ult. Cit.

¹¹⁷ CAFFERATTA, Néstor. “Prueba y Nexo de causalidad en el daño ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental*, N° 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexis, Argentina.

¹¹⁸ MORALES LAMBERTI, A. “Incertidumbre científica y decisiones judiciales: implementación del principio precautorio”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Ed. Abeledo Perrot, octubre – diciembre 2009, N° 20, pp. 296-305.

¹¹⁹ CSJN, Fallos: 325:1744.

Como ha sostenido el Máximo Tribunal¹²⁰, “*dado que el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público*” (...) “*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, pues la aplicación de aquél principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable, no debiendo buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que su tutela no significa detener el progreso sino hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras*”.

La jurisprudencia ha admitido más frecuentemente la responsabilidad por actividad ilegítima que por inactividad, exigiendo requisitos más severos para la responsabilidad por omisión que por acción ilegítima. En lo referente a los “tipos” de omisión estatal, se diferencia entre las omisiones a mandatos normativos expresos y determinados (cuyo mero incumplimiento configura una falta de servicio) y las omisiones a objetivos fijados por la ley, de modo general e indeterminado. Respecto de estos últimos, no se descarta de plano la posibilidad de responsabilizar al Estado por su incumplimiento, pero se adopta un criterio cauteloso pues estas omisiones a deberes genéricos deben ser motivo de un juicio estricto.

Sin embargo, nuevas normativas (como el art. 241 del CCyC argentino), que establece por una parte, que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva y que “*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*”, cuestionan aquella doctrina judicial tradicional, ante la necesidad de adecuación a mandatos normativos que implican un “hacer” y un “no omitir” de la Administración.

La aplicación del principio precautorio, el cual, como principio jurídico de derecho sustantivo, es una guía de conducta también para la administración, supone 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*¹²¹.

Por otra parte, hace tiempo que Cafferatta y Goldenberg¹²², han sostenido que el principio precautorio constituye un nuevo fundamento de la responsabilidad civil por daños, que ensancha las fronteras de la misma, fundado en los presupuestos de peligro (riesgo, amenaza, factor objetivo) de daño grave o irreversible, y la falta de certeza científica o ausencia de información.

La causalidad adecuada, que es un requisito de la responsabilidad civil, perdería virtualidad en materia de responsabilidad por daño ambiental, a tenor de lo dispuesto en los artículos 4 y 31 de la ley 25675 (Ley General del Ambiente).

¹²⁰ CSJN: “Salas, Dino y otros c/Salta, provincia de y Estado Nacional s/amparo, S. 1144. XLI, ORI, 26/03/2009. Vid. Fallos: 332:663.

¹²¹ CSJN, Fallos: 335:387.

¹²² *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

El primer supuesto (principio precautorio, art. 4)¹²³, a tenor de la LGA, el “peligro de daño grave o irreversible” basta para que se deba tomar medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente, sin poder utilizar la excusa de la falta de causalidad adecuada o de certeza para impedirlo. Con ello, si la causalidad adecuada implica una “alta probabilidad” y el principio precautorio establece que la ausencia de información o certeza científica no puede ser tomada como excusa para la toma de decisiones eficaces en materia ambiental, podría incluso inferirse que dicho régimen ha reducido las exigencias de la responsabilidad ambiental, de la alta probabilidad a la simple posibilidad¹²⁴.

En estos casos, la aplicación de la teoría de la imputación objetiva sirve para negar la equiparación absoluta entre la prueba de la relación de causalidad *-stricto sensu* o causalidad fáctica o material- y la atribución de responsabilidad. Cuando se habla de responsabilidad por daño ambiental, es frecuente que concurren, al menos, dos “causas” distintas susceptibles de ser conectadas con los daños infligidos: por un lado, la actuación del agente o productor del daño, o bien, la omisión estatal en el ejercicio del poder de policía ambiental; y, por otro, el factor reactivo del ambiente y sus componentes según su grado de vulnerabilidad y capacidad de resiliencia.

Complementariamente, el factor de atribución objetivo requiere la distinción entre causalidad genérica y específica¹²⁵, que es especialmente relevante en casos en que el ambiente ha sido expuesto *vg.* al vertido de sustancias tóxicas. Mientras que la causalidad específica se refiere a la cuestión, común a todo caso de daños, de si la conducta del demandado efectivamente causó el daño al ambiente; la causalidad genérica responde a la cuestión de si la conducta del demandado pertenece al tipo de actividad riesgosa o peligrosa con aptitud de causar un daño del tipo sufrido por el ambiente y/o la salud humana.

En estos supuestos, el papel encomendado a la teoría de la imputación objetiva sería, precisamente, el de suministrar los criterios que permitan guiar correctamente el proceso de valoración normativa o ponderación entre las distintas causas -o riesgos- concurrentes, a fin de determinar la posible responsabilidad y el criterio para considerar responsable al demandado es el de haber creado un “riesgo jurídicamente relevante”.

Mientras que el derecho tradicional de la prevención ha venido basándose inexcusablemente en la idea de la previsión o de la previsibilidad, buscando la reducción de los riesgos y su probabilidad¹²⁶, la precaución se orienta hacia otra hipótesis, la de la incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos. Supone el tránsito del modelo de previsión (conocimiento del riesgo y de los nexos causales) al de incertidumbre del

¹²³ 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.

¹²⁴ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J. “El mito de la causalidad adecuada”, en *LA LEY* 2008-B, 861 y BERROS, María Valeria, “Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, 2009.

¹²⁵ La causa es, entonces, una condición; pero no cualquier condición, sino una de la que pueda predicarse una probabilidad calificada de haber desencadenado el resultado. Causa y condición tienen entonces una relación de género a especie. La condición es el género, la causa una especie de ella, muy particular y calificada y con alta eficacia para desencadenar el resultado.

¹²⁶ Si la causalidad adecuada implica una “alta probabilidad” y el principio precautorio establece que la ausencia de información o certeza científica no puede ser tomada como excusa en materia ambiental, fuerza es concluir que la ley general del ambiente ha reducido las exigencias de la responsabilidad ambiental, de la alta probabilidad a la simple posibilidad. En materia ambiental, a tenor del principio precautorio, el peligro de daño grave o irreversible basta para que se deba tomar medidas, sin poder utilizar la excusa de la falta de causalidad adecuada o de certeza para impedirlo.

riesgo, al de incalculabilidad del daño y del posible nexo causal entre uno y otro.

Uno de los requisitos de aplicación del principio de precaución o precautorio, es la evaluación científica del riesgo. O sea, su invocación o apelación, no debe ser ligera, sino seria, consistente, con prueba suficiente para acreditar el estado de incertidumbre, duda técnica, que en el Art. 4 de la Ley General del Ambiente 25675, se define con una fórmula amplia, como “falta de certeza científica o ausencia de información”; sin que por lo tanto, la incertidumbre deba ser calificada como absoluta.

Como se observa, en los casos específicos de las hipótesis de precaución (art. 4 LGA), el problema se inscribe en la indeterminación causal. Surgen algunas referencias que ponen de relieve una conceptualización heterogénea de la causalidad. El principio de precaución resulta aplicable cuando la existencia de una relación causal entre una determinada tecnología y un posible daño o perjuicio no ha sido aun científicamente comprobada de modo pleno. Entonces, cuando una determinada actividad se plantea como una amenaza para la salud humana o el medioambiente, deben tomarse medidas precautorias aun cuando algunas relaciones de causa y efecto no se hayan probado científicamente en su totalidad¹²⁷.

Asimismo, se ha resuelto que “*en la materia que nos ocupa es frecuente que sólo una vez que el daño haya sido producido, puede establecerse el nexo causal entre la actividad responsable del mismo y este último. Por esta razón el Principio Precautorio lo que pretende es servir de fundamento legal para la adopción de medidas, aun cuando dicho nexo causal no esté debidamente acreditado (...), cuando sobre una actividad o tecnología reine la incertidumbre respecto de la nocividad de su accionar y no haya todavía un daño a ella atribuible*”.

Sin embargo, por la misma razón por la cual no resulta manifiesta la violación de derecho alguno, esto es por la existencia de incertidumbre científica, “*si resulta manifiesto el riesgo que tal actividad trae aparejado sobre derechos tales como la salud, la vida y el ambiente sano y equilibrado. De este modo, la falta de certeza científica constituye un riesgo, una amenaza manifiesta en los términos del art. 43 de la CN, resultando plenamente procedente la invocación del principio precautorio como fundamento para la adopción de medidas en la vía excepcional del amparo*”¹²⁸.

La procedencia de medidas autosatisfactivas ha sido admitida también, frente a la pretensión que “se pondere el principio precautorio”, en razón que la coaccionada pretendía causar con su actividad “daños aceptables” a los seres humanos y al medio ambiente, cuando, el objetivo de la política ambiental, no es causar daños aceptables sino evitarlos¹²⁹.

Estas argumentaciones articulan el vínculo causal con la incerteza científica que subyace al principio precautorio, lo que puede visibilizarse como expresión de una emergente necesidad de abordaje sobre este presupuesto que, largamente consolidado mediante la edificación de diferentes tesis, hoy delinea el proceso cautelar ambiental asignando respuestas ante casos controvertidos por exposición a peligro de daños graves o irreversibles.

8.- Relación de síntesis

¹²⁷ Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ GCBA y otros s/amparo, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27.03.2008. EIDial-AA4710.

¹²⁸ “Giménez, Juan Ramón c. Empresa Telecom Personal S.A. y/o Municipalidad de la Eduvigis y/o Muñoz, Eulalio Enrique y/o quien resulte responsable s/ amparo”, Juzgado Civil y Comercial N°6 de Resistencia, 07.02.2008, *LL Litoral* 2008 (junio), p. 554.

¹²⁹ Fallos: 335:387.

Identificar algunas de las relaciones y condicionalidades de los principios de prevención y precaución ambiental en el proceso cautelar ambiental, constituye un intento de formular aportes a la teoría general del proceso ambiental, mediante una interpretación constructiva de la práctica judicial. Esta especie de “teoría general de la jurisdicción ambiental”, toma como referencia directa a la actividad jurisdiccional -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 “eficacia”. La 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 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 cuya concreción implica el tránsito de caminos arduos y desalentadores.

Frente a la percepción social de desconfianza en el sistema judicial y el desapego hacia las instituciones jurídicas, con las graves consecuencias que acarrea en la convivencia social y las convicciones democráticas, estamos llamados a colaborar en la tarea colectiva de justificación y crítica de las decisiones públicas.

La tarea de la ciencia jurídica no es describir el derecho desde fuera sino ofrecer soluciones eficaces a los problemas sociales que se plantean. Se trata de *discutir problemas* en vez de describirlos y *construir modelos metodológicos que permitan solucionar problemas*. En esta tarea, no podemos posicionarnos como observadores imparciales cuya función es describir el derecho y los valores, sino que debemos asumarnos como constructores de soluciones. Constructores de una teoría del derecho ambiental que no es una llegada, sólo es la posibilidad de una partida. Una teoría que no presuma ser “la” solución, sino la posibilidad de abordar problemas socioambientales significativos.

EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN AMBIENTAL Y LA NUEVA ACCIÓN PREVENTIVA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL¹³⁰

THE PRINCIPLE OF ENVIRONMENTAL PREVENTION AND THE NEW PREVENTIVE ACTION OF THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE

MARTA JULIÁ¹³¹
ALEJANDRO O. VERA¹³²
MARÍA LUZ ZANVETTOR¹³³

Resumen: El presente trabajo describe el principio de prevención, su alcance y significado, su incorporación en el marco normativo ambiental (especialmente en la Ley General del Ambiente 25675), su abordaje doctrinario y su inserción en la jurisprudencia de Córdoba, deteniéndose en la nueva acción preventiva de daños regulada en el Código Civil y Comercial argentino.

Palabras-clave: Principio de prevención - Marco normativo – Jurisprudencia – Acción preventiva de daños del CCC.

Abstract: This work describes the principle of prevention, its scope and meaning, its incorporation into the environmental regulatory framework (especially in the General Law of the Environment 25675), its doctrinal approach and its insertion in the jurisprudence of Córdoba, stopping at the new preventive action of damages regulated in the Argentine Civil and Commercial Code.

Keywords: Principle of prevention - Normative framework - Jurisprudence - Preventive action of damage of the CCC.

Sumario: 1. Introducción.- 2. Qué significa prevención.- 3. Las referencias doctrinarias sobre el principio.- 4. La prevención en la ley 25675.- 5. Prevención y acceso a la justicia.- 6. La nueva acción preventiva civil como tutela de derechos ambientales.- 7. Algunos interrogantes en torno a la figura de la acción preventiva.- 8. Recepción jurisprudencial de la acción.- 9. Reflexiones finales.- 10. Bibliografía.-

1.-Introducción

El presente trabajo tiene por objeto describir y analizar el principio de prevención, su alcance y significado, su incorporación en el marco normativo ambiental, su abordaje doctrinario y su inserción en la jurisprudencia de Córdoba.

En primer término, vamos a partir del concepto de prevención, su formulación como principio, las definiciones y los distintos significados que se asignan a la prevención en general y su conceptualización desde el derecho ambiental. Nos pareció relevante considerar algunas referencias doctrinarias acerca de los aspectos generales de la

¹³⁰ Trabajo recibido el 11 de octubre de 2017 y aprobado para su publicación el 8 de noviembre del mismo año.

¹³¹ Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Docente investigadora en Derecho Ambiental de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Nacional de San Luis, en grado y posgrado. Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹³² Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Docente e investigador en Derecho Ambiental en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales. Miembro del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

¹³³ Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Maestrando en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Profesora de Derecho Administrativo (Universidad Blas Pascal). Profesora ayudante de segunda en la materia Derecho Administrativo – Cátedra Dr. Carlos Balbín (UBA). Adscripta en la Facultad de Derecho (UNC).

prevención y su particular expresión en las temáticas ambientales, donde la referencia a lo preventivo se destaca como un carácter propio del Derecho Ambiental, constituyendo también un principio rector en los problemas ambientales. Así, la prevención viene a formar parte del conjunto de principios ambientales, convirtiéndose en uno de los más difundidos y utilizados.

En segundo término, comentaremos brevemente la definición legal del principio de prevención en nuestro sistema jurídico a través de la Ley de Presupuestos Mínimos, Ley General del Ambiente N° 25675, la cual le otorga características específicas en el marco normativo ambiental en Argentina.

En tercer lugar, proponemos adentrarnos en su recepción en el ámbito judicial, deteniéndonos en la acción preventiva regulada en el Código Civil y Comercial, tutela que constituya una verdadera novedad en el catálogo de acciones para prevenir daños ambientales futuros. Repasaremos también algunas utilidades de la figura en el fuero de Córdoba, importantes para conocer la incipiente interpretación de esta acción y cómo su utilización ya comienza a generar diversos interrogantes.

2.-Que significa prevención

El término prevención es muy utilizado en distintos ámbitos. Una primera aproximación nos conduce a su significado de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española: prevención viene del latín *praevenīre* y sus primeras acepciones son las siguientes: 1. tr. Preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin. 2. tr. Prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio. 3. tr. Precaver, evitar, estorbar o impedir algo¹³⁴. En otra versión del diccionario se menciona: Del lat. *praeventio-ōnis*. 1. f. Acción y efecto de prevenir. 2. f. Preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo. 3. f. Provisión de mantenimiento o de otra cosa que sirve para un fin¹³⁵.

La prevención, como una forma de anticiparse a los resultados, ha constituido una referencia permanente de los juristas en diferentes áreas o ramas del derecho, pero se destaca especialmente cuando se desarrolla y caracteriza el derecho ambiental, al intentar diferenciarlo como una rama autónoma dentro de la disciplina jurídica. Se menciona como particularidad el énfasis en lo preventivo, a partir de lo cual los autores van a destacar la necesidad de desarrollar más los aspectos preventivos que represivos en esta área.

Cuando se piensa en la ubicación del derecho ambiental dentro de las distintas disciplinas jurídicas existentes, debe recordarse que no le fue sencillo encontrar su espacio. Algunos autores consideraron que esta temática invadía prácticamente todas las ramas conocidas de las ciencias jurídicas. En este sentido, el derecho ambiental, como nueva rama del derecho, destaca el carácter preventivo que debe tener su regulación y la necesidad de llegar antes que los problemas se produzcan. A esta característica, entre otros autores, la mencionan tanto Jaquenod (1989), como Martín Mateo (1992), entre otros.

El derecho ambiental se ha desarrollado, según Astorga, como consecuencia de “la urgencia de resolver problemas ambientales, distinguiendo una etapa represiva, una etapa participativa y una etapa preventiva, con desarrollo de técnicas de concertación y de la eficacia de la gestión del Estado” (Astorga, 1993:109).

¹³⁴ Diccionario de la lengua española. Edición del tricentenario, actualización 2007 (<http://dle.rae.es/?id=U9JkQmL>).

¹³⁵ Diccionario de la lengua española. Edición del tricentenario, actualización 2007 (<http://dle.rae.es/?id=U9Cow1J>).

El Derecho Ambiental “aparece como una nueva visión jurídica con autonomía propia. Es una rama horizontal del ordenamiento en formación con características y principios propios”, la misma autora lo caracteriza como preventivo “porque quiere evitar que se generen daños en los componentes del ambiente (aire, agua o suelo) o se degraden los recursos naturales, ya que las consecuencias para los seres vivos serían nefastas. En materia ambiental, son necesarias aquellas acciones que se anticipan a “prevenir cualquier tipo de degradación ambiental, en lugar de limitarse a verificar e intentar, *a posteriori*, reparar, los daños ambientales” (Ames Vega, 2014:220).

En el derecho comparado fue donde se desarrolló en mayor medida la idea de un nuevo derecho o una nueva rama del derecho con principios propios (Kiss, 1989, Jaquenod, 1989, Martín Mateo, 1992) y se destacó el reconocimiento de principios que lo identifican y caracterizan, tales como el principio precautorio, el que contamina paga, de autonomía singular, énfasis preventivo, entre otros.

Si consideramos la reunión de Estocolmo y su desarrollo inmediato posterior “el derecho ambiental comenzó a adquirir identidad y aspiraciones para convertirse en una rama autónoma. A favor de esta última idea y en base a la enseñanza de Cano, se señaló que la disciplina cuenta con principios propios que justifican aquella categoría: 1. Contenido específico; 2. Prevalencia de la filosofía preventiva sobre la represiva; 3. Primacía de los intereses colectivos sobre los individuales; 4. Bien jurídicamente tutelado específico: el derecho a vivir en un ambiente apto o a una determinada calidad de vida” (Bottasi, 1997:83).

En el análisis realizado sobre el panorama del derecho ambiental, se plantea que “todo está en revisión y exige una apertura y flexibilidad en la interpretación para lograr soluciones tempranas adecuadas, precoces y preventivas” (Cafferatta, 2007:11).

No debemos perder de vista la enorme construcción preventiva en materia ambiental, los pasos y procesos creados para limitar, controlar, evitar situaciones ambientales de mayor gravedad. El desarrollo de instrumentos preventivos ha sido constante para anticiparse a las acciones, obras, actividades y hechos que pueden afectar el ambiente.

3.-Las referencias doctrinarias sobre el principio

El derecho internacional es considerado como una de las principales vertientes en la construcción del derecho ambiental por el desarrollo teórico y la creación de nuevos principios rectores en materia ambiental (principios precautorio, preventivo, contaminador pagador, de la cuna a la tumba, entre otros). Los aportes desde el derecho internacional son y han sido numerosos y se han ido formulando un crecimiento sostenido en la temática tanto en la labor teórica de los juristas como en la incidencia de las reuniones, conferencias, convenios, tratados, cumbres, etc.

El accionar *ex ante* se ve enfatizado, asimismo, por la adopción de dos principios ya presentes en el derecho internacional, cuales son el principio de prevención y el principio precautorio. El concepto de prevención ahonda en la atención a las causas y fuentes de los problemas ambientales, considerando fundamental la integración en el tratamiento de los mismos para prevenir efectos que puedan producirse en el ambiente (Cafferatta).

Principio que alude a un rasgo esencial del Derecho Ambiental y, más genéricamente, de las políticas de protección ambiental. Ortega Álvarez dice que este principio "es fundamental en la actuación ambiental, debido al alto potencial de irreparabilidad de los daños ambientales, y se cifra, como es fácil colegir en la potestad del sometimiento de las actividades con riesgo ambiental a los respectivos controles, tanto previos, como de funcionamiento". Cafferatta, que lo trata bajo la denominación de principio de prevención del daño ambiental, sostiene que dada la trascendencia prácticamente irreversible de los

daños ambientales configurados en procesos tales "como la extinción de las especies, los efectos radiactivos, la destrucción de la flora (y por consiguiente, de sus ecosistemas y diversidades biológicas milenarias), la desertización de áreas productivas entre otros", así como en los elevados costes de las remediaciones, la procura por evitar la producción de los daños ambientales, que actúe además como estimulante negativo de todo aquello que pudiera causarlo, está en la esencia de las finalidades protectoras del Derecho Ambiental (Gorosito Zuluaga, 2017).

El principio está asentado en la idea de "diligencia debida" de los sujetos de derecho internacional, es decir, en la obligación de vigilancia y adopción de previsiones en relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, no causen perjuicios transfronterizos. Esta obligación está constituida por el conjunto de "estándares mínimos" de comportamiento de diligencia exigibles internacionalmente (diligencia suficiente). Esta diligencia, es el mínimo constitucional y legal imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones internacionales ("derecho interno internacionalmente indispensable") (Drnas de Clément, Z. 2001:1).

La diferencia está dada en que, mientras en la prevención se tiene la certeza de que dado determinado factor el daño devendrá, en la precaución, dada determinada circunstancia o factor, no se sabe si el daño ocurrirá, pero hay prudentes razones (aunque discutidas) de que éste llegue a producirse. Ej.: si arrojamos grandes cantidades de pilas y colillas de cigarrillos a un río, éste, su flora y fauna, se dañarán seriamente (ejemplo de prevención sería aquí no arrojar colillas de cigarrillos y pilas al río).

Además, nuestra doctrina judicial ha llegado a decir que "asignamos a la prevención en este terreno una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan, por su mera consumación, un deterioro cierto (in re "Almada, Hugo v. Copetro S.A. y otros" SCJBA, Acuerdo 2078 del 19-5-98, L.L. 1999-C-1129; idem. "Ancore S.A y otros v. Municipalidad de Daireaux", SCJBA, 19-2-2002, bajo anotación de Esain, José: "El Derecho Agrario Ambiental y la cuestión de los *feed lots*", publicado en Buenos Aires/ 6 de noviembre 2002/ JA 2002- IV, fascículo n. 6).

Sobre los principios ambientales, se ha discutido y escrito en la doctrina especializada, pero es necesaria su difusión generalizada, ya que muchos de ellos modifican las interpretaciones jurídicas tradicionales a la que los operadores del derecho están acostumbrados. De acuerdo a lo destacado anteriormente, nos encontramos con situaciones ambientales que, con el conocimiento y la aplicación del principio de prevención o precautorio, se evitan instancias de conflicto o litigio.

4.-La prevención en la Ley 25675

La ley general de ambiente (LGA), dictada como ley de presupuestos mínimos en 2002, tiene un enorme significado en el sistema jurídico, político e institucional argentino porque establece un conjunto de precisiones sobre la materia ambiental: los objetivos de la política ambiental, los principios, la interpretación y aplicación de las normas ambientales, los instrumentos de política y de gestión, el daño ambiental, como temáticas generales insertas en la ley.

La incorporación de la prevención se realiza, en el texto de la ley, en diferentes aspectos que nos interesa destacar, ya que no sólo es un principio definido, sino que su esencia está contemplada en distintas expresiones del texto legal.

La prevención, como objetivo de la política ambiental, la encontramos en el artículo 2º, en los incisos siguientes:

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;

k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental.

La prevención forma parte de los objetivos de la política ambiental en forma expresa en los incisos destacados, lo que denota su trascendencia en la regulación de las actividades antrópicas y la anticipación a las situaciones de riesgo o emergencia.

En el artículo 3° de la ley establece que *“La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, operativas y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta”*. Lo trascendente es que la ley general y sus principios se encuentran por encima del resto de las normas al declararse de orden público y sujeta su interpretación a lo que ésta fija.

La prevención, como principio, la encontramos formulada en el artículo 4° que nos dice 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: (...)”*, definiendo en segundo lugar el de prevención en el siguiente texto: *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.*

El principio también se complementa con lo establecido en el artículo 5° al exigir que *“Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley”*.

La prevención también se manifiesta en los instrumentos de política y de gestión que ha establecido como mínimo la ley general en el artículo 8°: *“Los instrumentos de la política y la gestión ambiental serán los siguientes: 1. El ordenamiento ambiental del territorio 2. La evaluación de impacto ambiental. 3. El sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas. 4. La educación ambiental. 5. El sistema de diagnóstico e información ambiental. 6. El régimen económico de promoción del desarrollo sustentable”*.

Podemos observar instrumentos netamente preventivos que en una apretada síntesis destacamos: -el ordenamiento ambiental del territorio nos permite conocer qué tenemos y cómo planificar las actividades, de manera tal de anticiparnos a los efectos futuros; -la evaluación de impacto ambiental es preventiva por excelencia, ya que se evalúan los efectos dañosos que pueden producirse antes de desarrollar cualquier proyecto para prevenirlos; -el control de las actividades tiene como objetivo anticiparse a los efectos dañosos; -la educación es central en materia de prevención; -el diagnóstico y la información constituyen bases para la anticipación y el conocimiento de los efectos que pueden producirse; -la promoción también es una herramienta que aporta a la prevención. La ley general ha sido diseñada desde una mirada de prevención en muchos de sus aspectos centrales, lo cual caracteriza la necesidad de ejecutar las políticas ambientales desde esta perspectiva.

5.-Prevención y acceso a la justicia

En el ámbito judicial, el principio preventivo también se hace presente a través de distintas figuras. La ciencia jurídica viene haciendo tiempo sistematizando el repertorio de vías de tutela para hacer frente a eventos futuros perjudiciales. El Derecho de Daños fue un precursor, en particular a través de la obra de Zavala de González (2004) o de la obra de Pizarro y Vallespinos (1999), reconociendo a la prevención como una de las tres finalidades de esa rama, a la cual se suman la resarcitoria y la punitiva.

También pueden distinguirse las vías de tutela sustanciales y procesales. Entre las primeras se encuentran la acción de daño temido (hoy derogada), las inmisiones del art. 2618 del Código Civil (ahora art. 1973 del Código Civil y Comercial, en adelante CCC), algunas acciones reales o también la acción de amparo. En cuanto a las procesales (Peyrano, 2007), las medidas cautelares, la tutela anticipada y las medidas autosatisfactivas, entre otras, las cuales han sido receptadas y desarrolladas por la legislación procesal de cada jurisdicción, teniendo en miras la duración de los procesos como aspecto a superar o mitigar.

Sin embargo, dejando de lado estas herramientas de corte procesal, nuestro ordenamiento jurídico no contaba con una acción autónoma civil, de contenido amplio, cuyo único fin fuera el preventivo. Se habían identificado algunas acciones en ámbitos específicos, como la intimidación, la protección del nombre, la defensa de la competencia, o las distintas defensas del derecho de propiedad a través de las acciones reales (López Herrera, 2006), pero como tutela general y fuera de las medidas estrictamente procesales, sólo contábamos con la acción de amparo como uno de los procedimientos principales y completos con finalidad preventiva general, aplicable para tutelar derechos ambientales. El problema de la acción de amparo es que, al tratarse de una vía expeditiva y con reglas específicas y estrictas, depende mucho de la regulación y los criterios de cada fuero, en especial a la hora de definir su admisibilidad. Se trata de evaluaciones que ameritan y ponderan la urgencia del proceso en función de la realidad fáctica ambiental la cual, en la mayoría de los casos, exige respuestas jurisdiccionales rápidas y efectivas. Aun así y a pesar de la doctrina judicial sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹³⁶, son frecuentes los rechazos por ausencia de prueba o necesidad de contar con un mayor espacio para diligenciarla y debatirla.

En este contexto, a partir de la sanción del CCC nuestra legislación incorpora una nueva vía de tutela sustancial con un exclusivo fin preventivo, la cual se suma como una alternativa a las ya mencionadas. Esta es la gran novedad que trae el nuevo código con la incorporación de la acción preventiva, en sus arts. 1711 a 1713.

6.-La nueva acción preventiva civil como tutela de derechos ambientales

Si uno analiza los pocos artículos a través de los cuales se regula esta acción advierte que el legislador nacional ha tratado de regular la figura en sus aspectos de fondo y también ha avanzado sobre algunas cuestiones procesales, limitando así la regulación que luego completarán las provincias.

En cuanto a la legitimación, el art. 1712 del CCC señala que puede interponerla cualquier persona que acredite un interés razonable en la prevención del daño, marcando así una gran amplitud. Podría servir tanto para intereses individuales (por ejemplo, daños a través del ambiente que afecten la salud de una persona o sus bienes patrimoniales), para intereses individuales homogéneos (por ejemplo, las reclamaciones patrimoniales de un grupo numeroso a partir de un mismo hecho perjudicial), como también para intereses

¹³⁶ Cfr. CSJN, 2/3/2016, en autos “Martínez, Sergio c/ Agua Rica”, entre otros

colectivos (por ejemplo, la recomposición de un ambiente dañado). La letra de la ley no efectúa ninguna distinción y el reconocimiento pleno de los bienes colectivos por parte del Código Civil y Comercial¹³⁷ refuerza esta interpretación.

En relación a la causalidad, el art. 1711 del CCC señala: “*La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento*”, poniendo de este modo a la palabra “previsibilidad” en el centro del análisis. En cuanto al factor de atribución, el mismo artículo señala que no es exigible la concurrencia de ninguno, ni subjetivo ni objetivo, regla que parece dotar de flexibilidad a la figura, no exigiendo ninguna razón para activar la respuesta jurídica, más que el mero deber de evitar, cesar o no agravar el daño en cuestión (art. 1710 del CCC). Por último, el art. 1713 del CCC dispone que la sentencia a dictarse puede imponer una obligación de dar, de hacer o de no hacer y que estas medidas pueden ser decididas incluso de oficio. También le exige al juez ponderar eficacia y restricción de derechos: la menor restricción posible, pero asegurando la mayor eficacia; una imposición, sin duda, desafiante, que requerirá a los tribunales hacerse de prueba suficiente a los fines de evaluar no sólo la plataforma fáctica de las pretensiones introducidas, sino el contexto económico en sí de la medida a adoptar.

7.-Algunos interrogantes en torno a la figura de la acción preventiva

Esta nueva vía de tutela ha generado, como toda innovación, algunos interrogantes en el ámbito interpretativo. Cabe remarcar que los elementos que acabamos de mencionar se encuentran contenidos en tan sólo tres artículos -cuatro, si contamos también el deber de prevención contenido en el art. 1710 del CCC-. A los fines de, al menos, presentar parte de esta discusión, podemos distinguir tres grandes grupos.

En primer lugar, se discute si se trata de una acción autónoma, distinta a lo ya conocido, o si es una consagración legislativa de las vías de tutela preventivas que ya existían y mencionamos previamente (amparo, cautelares, etc.). Por nuestra parte, creemos que el legislador ha querido introducir al sistema una nueva vía, con requisitos y un procedimiento independiente. Sin embargo, como se comentará luego, existen pronunciamientos que han ordenado la adopción de medidas cautelares fundados, al menos complementariamente, en lo dispuesto por estos artículos. Asimismo, atenta contra la proclamada autonomía de esta acción el hecho de que aún no ha sido regulada por los códigos de procedimiento, al menos en Córdoba.

Se vincula con este interrogante el hecho de que la regulación habilita el dictado de las medidas, incluso de oficio por parte de los jueces. En este sentido, Carlos Camps (2015)¹³⁸ sugiere que la oficiosidad puede ser entendida en el marco netamente cautelar de esta nueva acción, atribución judicial que se complementaría con lo dispuesto por el art. 32 de la LGA, el cual le otorga a los jueces facultades para dictar medidas precautorias también de oficio. Sin embargo, la sentencia definitiva, aun provisoria, debería ser dictada luego de una sustanciación.

Puede pensarse que esta es una discusión netamente procesalista, pero tiene importantes implicancias prácticas. Por ejemplo, al tratarse de una tutela desarrollada en el ámbito civil y lejana a la evaluación de actos administrativos, en Córdoba podría introducir reglas de competencia específicas, habilitando al fuero civil en acciones preventivas contra el

¹³⁷ En especial, a partir del art. 14 del CCC, el cual señala. “*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*”.

¹³⁸ Citado por Calvo Costa (2018), p. 7.

Estado, lo que hoy en día no es posible utilizando la figura del amparo, la cual circunscribe estas acciones al fuero contencioso administrativo¹³⁹.

Un segundo interrogante gira en torno al requisito de la antijuridicidad. El art. 1711 del CCC señala que esta vía procede contra toda acción u omisión antijurídica. La pregunta es: ¿antijuridicidad formal o material? Algunos autores consideran que debe haber una violación a alguna normativa (Vázquez Ferreyra, 2016), otros consideran que basta una antijuridicidad material, es decir, una conducta contraria a todo el ordenamiento visto en su conjunto. Por último, otros señalan que lo que debe estar incumplido es el mismo deber de prevención general que regula el art. 1710 del CCC.

Esta discusión es importante dado que, al existir diversos instrumentos de gestión administrativos que regulan el licenciamiento de emprendimientos potencialmente dañosos (por ej. la EIA), será frecuente la utilización de esta acción frente a proyectos autorizados legalmente por la Administración. En ese caso, un emprendimiento autorizado, pero sobre el cual existe certeza de que ocasionará un daño, ¿cumplirá el requisito de antijuridicidad dispuesto por la norma mencionada? Es sabido, en el ámbito de la responsabilidad civil, que la antijuridicidad se predica de las conductas y no de los resultados. El problema es que, en la mayoría de los daños consumados, muchas veces el resultado transmite tal carácter a la conducta y se termina concluyendo que todo daño no justificado es antijurídico. Sin embargo, en el ámbito preventivo, el resultado dañoso puede acaecer días, semanas o hasta años después de la conducta, dotando al análisis de la antijuridicidad de mayores desafíos y vinculándolo, necesariamente, con la causalidad. Esto nos lleva a un tercer interrogante, quizás el más importante de todos: la causalidad. ¿Cómo determinar causalmente la ocurrencia de daños que aún no han ocurrido? ¿Cómo decir que un hecho presente, aparentemente inofensivo, producirá de aquí a un día, un año o una década un determinado daño? La teoría de la causalidad adecuada se muestra limitada, porque exige un análisis *ex post* y porque requiere cierta regularidad estadística y lineal, aspectos difíciles de encontrar en el daño ambiental y, en especial, en los daños futuros. Satisfacer este requisito requerirá de un profundo análisis jurídico pero la necesidad, también, de abrirse al aporte de otras áreas disciplinares capaces de efectuar pronósticos certeros o, al menos, altamente probables.

8.-Recepción jurisprudencial de la acción

En el Poder Judicial de Córdoba, pueden vislumbrarse algunas resoluciones en donde se han utilizado mandatos preventivos en juicios ordinarios, tanto en Juzgados de Primera Instancia como en las Cámaras de Apelaciones Civiles y Comerciales. Consideramos que estas causas, si bien no se caratulan como acciones preventivas, en su esencia lo son por el fin de la acción como por el tenor de su resolución.

Entre algunos de los antecedentes más importantes, cabe reseñar la sentencia de la Cámara Quinta recaída en autos “Guallanes (...)”¹⁴⁰ donde el Tribunal ordenó de oficio una media cautelar -a la que agregó la denominación de “preventiva”-, con sustento legal en los artículos 1708 a 1715 del Código Civil y Comercial. En una demanda de daños y perjuicios, el Tribunal colegiado recurrió al instituto de la tutela preventiva e introdujo de oficio esta medida con el fin de prevenir futuros daños. Luego de desarrollar la recepción doctrinaria y jurisprudencial de este dispositivo contenido en el Código Civil y Comercial

¹³⁹ Cfr. art. 4 bis de la Ley Provincial 4915, reformado por el art. 9° de la ley N° 10249 (B.O. Cba: 19/12/2014) y el art. 22 de la ley N° 10323 (B.O. Cba: 4/12/2015).

¹⁴⁰ Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Sent. N° 17 del 26/02/2016 en autos “Guallanes César Luis y otro c/ Superior Gobierno de Córdoba - Ordinario - Daños y Perjuicios – otras formas de responsabilidad extracontractual– recurso de apelación” (Expte. N° 1894603/36).

de la Nación sancionado, ordenó al Estado Provincial demandado que en el plazo máximo de sesenta días corridos complete la colocación de tapas en la totalidad de las acequias a cielo abierto que existen en la zona urbana de San José de la Dormida y a mantener las condiciones de seguridad pertinentes mientras subsistan las referidas acequias, a fin de evitar el riesgo de futuros accidentes frente a las acequias sin cerramiento.

En el caso “M.M.M.E. c. EPEC (...)”¹⁴¹, la Cámara de Apelaciones de Cuarta Nominación, en el marco de una acción de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual a raíz del fallecimiento de un menor, al haberse electrocutado a causa de un alambre desnudo que se encontraba conectado clandestinamente a la red eléctrica en un terreno baldío cercano a su domicilio, encomendó en un plazo razonable al juez de primera instancia, con el fin de prevenir que el daño se repita: la realización de una inspección judicial en el lugar del hecho y, ante la subsistencia de la situación fáctica de autos, ordene a la demandada la realización de tareas tendentes a evitar que los vecinos del lugar tengan acceso a cables pelados en los cuales puedan engancharse. La Cámara explicó que, si bien al tiempo del acaecimiento del fatal accidente no existía una norma general como la que recepta el actual ordenamiento a través de la acción que estamos analizando, ello no significaba que el deber de prevención no existiera, sino que, por el contrario, siempre estuvo en cabeza de la demandada. Más aún, atento el carácter riesgoso de la actividad fruto del servicio de energía eléctrica prestado por la empresa de energía eléctrica.

Igualmente, los magistrados aplicaron el artículo 1710¹⁴² del Código Civil y Comercial, lo que motivó que ordenaran de oficio una medida preventiva para evitar que, daños similares al del caso de autos se repitan, teniendo en cuenta la actividad riesgosa que desarrolla EPEC y su pleno conocimiento de la posibilidad de perjuicios a terceros como consecuencia de aquella. Vemos así cómo, en este caso los jueces han aplicado de oficio una medida preventiva con sustento en la función preventiva del daño, en el marco de un juicio ordinario y sin recurrir a la figura de las cautelares.

Otro mando preventivo, ordenando de oficio por la justicia de Córdoba, lo encontramos en el caso “Dehner (...)”. Frente a un accidente sufrido por un menor en los juegos infantiles del local Mc Donald’s se ordenó en un juicio ordinario que se emplazara a la demandada a tomar las medidas y recaudos de seguridad necesarios para acondicionar - en el menor plazo posible- el pelotero y salón de juegos de su local, a los fines de evitar nuevos eventos dañinos en el lugar, medida que fue confirmada por la Cámara¹⁴³. El Tribunal, para así decidir, recurrió al deber de prevención del daño regulado en el Código Civil y Comercial alegando que el artículo 1710 es una pauta de interpretación ineludible (por más que el Código citado no estaba vigente a la fecha del siniestro), reconociendo esta figura preventiva de manera conjunta a su herramienta procesal contenida en el artículo 1711 para hacerla efectiva: la acción preventiva.

En el pronunciamiento de cita, la Cámara también precisó que “(...) *la propia función del derecho de daños no se agota en la reparación sino también en la función preventiva (...)*”, de ahí que amplía las funciones del derecho de daños, agregando a la faz resarcitoria o reparatoria la función preventiva y disuasiva. En ese sentido, explicó que

¹⁴¹ Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Sent. N° 40 del 28/04/2016 en “Moyano María Marisa Edith c. Empresa Provincia de Energía de Córdoba (EPEC)- Ordinario - Daños y Perj. – Otras formas de respons. extracontractual – Recurso de Apelación” (Expte. N° 1279260/36).

¹⁴² En lo que es de interés, dispone que: “*Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud...*”.

¹⁴³ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Octava Nominación de Córdoba, Sent. N° 66 del 01/06/2017 en “Dehner, Paulo Martin c/ Arcos Dorados SA – Ordinario – Daños y Perjuicios – Otras formas de respons. extracontractual” (Expediente n.º 5614135).

en el caso analizado tal función tenía una singular trascendencia por haberse constatado la potencialidad de posibles daños en el uso de los juegos instalados en el local de la demandada por parte de los menores que accedían atraídos por los mismos, por lo que reforzó la medida preventiva adoptada.

Otro precedente, que podría incluirse en este grupo, es el emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re: "R., M. B. c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios"*¹⁴⁴. En dicha oportunidad, el voto de la mayoría declaró procedente el recurso extraordinario deducido por Google y revocó parcialmente la sentencia de Cámara, rechazando la demanda en todas sus partes. Sin embargo, los ministros Lorenzetti y Maqueda -en disidencia- revocaron parcialmente la sentencia apelada respecto de la actora en cuanto solicitó que se condene a Google Inc. y a Yahoo de Argentina SRL a eliminar las vinculaciones existentes de su nombre, imagen y fotografías con sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico y para que se le prohíba establecerlos en el futuro. Aunque también ordenaron que se eliminen otros enlaces existentes -que no fueron identificados por la actora en forma precisa- que vincularan el nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico y que se eviten que en el futuro se establezcan nuevas vinculaciones de las mismas características.

Fundaron dicha medida en el instituto de la "tutela preventiva" -ante una amenaza de daño- con el objeto de prevenir que se produzca la repetición de la difusión de información lesiva de los derechos personalísimos de la actora (conf. Considerando 31 de la Disidencia). En esta línea recordaron que "(...) *atendiendo al principio general de prevención del daño, es posible sostener que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado y de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud*". Al respecto, es interesante destacar que, seguidamente, la Corte determinó que la "acción de tutela sustancial inhibitoria" es admisible en nuestro derecho y reconoció una acción judicial que permita solicitar la eliminación o bloqueo de enlaces que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos y que también posibilite requerir que, acorde con la tecnología disponible, los motores de búsqueda adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos.

En tales condiciones, asumimos que la Corte quiso pronunciarse sobre esta acción preventiva contenida en el Código Civil y Comercial en un fallo que fue emitido unos días antes de la promulgación del nuevo código (conf. Decreto 1795 del 07/10/2014). Es por ello que, entendemos, desarrolló algunos lineamientos de esta acción, que resultan de suma importancia recordarlos, atento al escueto desarrollo doctrinario existente actualmente de la misma. Por ejemplo, explicó que el sentido del mandato preventivo es: "*evitar la repetición, agravamiento o persistencia de daños (...)*" y "*(...) el afectado o amenazado en su derecho, debe suministrar, de acuerdo a las circunstancias del caso, las pautas de identificación necesarias para su concreción*". Bajo esta comprensión, puntualizó que la tutela preventiva es autónoma de la resarcitoria y no condicionada a la procedencia de ésta ni al ejercicio de una pretensión adicional de condena por los perjuicios ya inferidos. A lo que se adiciona que "*(...) la protección preventiva opera con independencia de una nueva efectiva configuración del daño en la esfera jurídica del titular, pues la sola amenaza causalmente previsible del bien jurídico tutelado habilita su procedencia*". Respecto de la sentencia que hace lugar a una acción preventiva, el máximo tribunal federal indicó, como ya comentáramos, que se deben ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la proporcionalidad y la eficacia en la obtención de la finalidad, lo que nos lleva a pensar

¹⁴⁴CSJN del 28/10/2014 en "*R., M. B. c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*".

que dicha acción debe ser utilizada con la mayor cautela posible y más aún cuando decide medidas preventivas ante un conflicto determinado.

Volviendo a la materia ambiental e indagando entre los casos judicializados en los que la medida no fue dispuesta de oficio por los jueces, cabe mencionar el precedente “Superior Gobierno de Córdoba c/ Figueroa (...)”¹⁴⁵. Allí se tramitaba una acción real interpuesta por la Provincia de Córdoba para recuperar un predio ubicado en la zona del Chateau Carreras, ocupado por una persona que vivía en una pequeña residencia pero que, en sus alrededores, existía una gran cantidad de pajonales, pastizales y basura, lo cual implicaba un peligro real de incendio y un foco infeccioso para la población en general y en particular de esta persona. El Estado solicitó una medida cautelar urgente tendiente a obtener la autorización judicial que le permitiera ingresar en el inmueble de su propiedad para la realización de tareas de desmalezamiento y limpieza del terreno. La Cámara lo autorizó a desmalezar y limpiar la zona, apoyándose en la importancia de la prevención y en los nuevos artículos de la acción preventiva contenido en el Código Civil y Comercial. Luego, mandó a formar un cuerpo de copias y lo remitió a primera instancia para que allí se ejecutara la medida preventiva ordenada.

Aquí, es importante hacer notar que la parte resolutive no habla de una medida cautelar, a pesar que así fue denominada por la actora en su presentación, sino que refiere a la misma como una medida preventiva. Vinculando este caso con el primer interrogante que planteábamos sobre la naturaleza de esta acción, cabe resaltar que, si bien los tres vocales coincidieron en el resultado, los Vocales González Zamar y Sánchez Torres fundaron la medida en los artículos 1711 a 1713 del Código Civil y Comercial, mientras que el Vocal Tinti señaló que se trataba simplemente de una cautelar innominada, con la que ya contábamos en el artículo 484 del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba. En suma, esta sutil diferencia en el pronunciamiento refleja cómo la discusión sobre la naturaleza de la acción preventiva empieza a alimentar ciertas disidencias en el ámbito judicial.

Frente a este escenario, la doctrina explica que la acción preventiva tiene un carácter definitivo, no solo cautelar, ya que no es necesario probar el *periculum in mora*, sino la amenaza de daño sin efectivizarse el daño a corto plazo. Mpolás Andreadis (2015) compara la medida cautelar con la acción preventiva del artículo 1711 del Código Civil y Comercial, señalando que la primera se caracteriza por prevenir el peligro a fin de no desnaturalizar la base de discusión en el proceso ordinario, por definición en provisoria y, por lo tanto, modificable. Mientras que, a través de la acción preventiva, existe la posibilidad de solicitar la prevención de un daño en un proceso a culminar con una sentencia con efecto de cosa juzgada, que evitará la consolidación de una situación muchas veces irreparable. Una distinción en apariencia clara, pero que deberá ser reanalizada a la luz del particular contexto que rodea los casos ambientales, los principios ambientales que regulan la materia y la profusa doctrina judicial emanada de la Corte Suprema en materia de tutela urgente y autónoma.

9.-Reflexiones finales

Hemos podido ver, hasta aquí, cómo el principio de prevención no se limita a marcar una regla de interpretación o un aspecto programático en nuestro ordenamiento jurídico, sino que continúa materializándose en herramientas e instrumentos específicos que imponen deberes a todas las autoridades del Estado.

¹⁴⁵ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Primera Nominación de Córdoba, Auto N° 246 del 31/08/2016 en “Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba c/ Figueroa Juan Aurelio – Acciones Posesorias – Reivindicación” (Expte. N° 2647261).

La ley de presupuestos mínimos general del ambiente nos ha definido claramente el principio de prevención, tanto para la interpretación de las leyes específicas en materia ambiental como en la ejecución de las políticas ambientales, otorgando así una importante referencia normativa que constituye un mínimo exigible y aplicable en el territorio.

El proceso de cambios que introduce en el sistema jurídico, político e institucional continúa desarrollándose e implementándose tanto en la administración nacional como en las diferentes provincias que deben adaptar sus normativas a los mínimos exigibles.

En el ámbito del Poder Ejecutivo, ámbito por excelencia de la prevención, a través de numerosos instrumentos de gestión que tienen como objetivo específico planificar y anticipar impactos no deseados. En el ámbito judicial, a partir de nuevas vías de tutela que no esperan la concreción del daño, sino que tienen por fin evitarlo, imponiendo deberes específicos a actores públicos y privados. Entre estas vías, la acción preventiva regulada en el Código Civil y Comercial resulta ser la más novedosa, introduciendo interrogantes y nuevas oportunidades para la tutela del ambiente.

Habrà que seguir de cerca su regulación procesal por parte de las provincias y su interpretación jurisprudencial, a los fines de delinear mejor sus contornos.

10.-Bibliografía

- AMES VEGA, E. (2014). "Iniciación al Derecho Ambiental", *Revista Foro Jurídico* N° 13, pp. 218-227 (<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13788/14412>).
- ARTEAGA, J.M. (1195). *La Evaluación de Impacto Ambiental y la gestión de residuos*, Santiago: CEPAL doc. LC/R 1508.
- AZAR, A. M. - OSSOLA, F. (2016). *Tratado de derecho civil y comercial*, Tomo III, *Responsabilidad civil*, Buenos Aires: La Ley.
- BESTANI DE SAGUIR, A. (2015). "Acción preventiva y 'omisión precautoria' en el nuevo Código Civil y Comercial", *La Ley RCCyC*, noviembre (AR/DOC/3881/2015).
- BESTANI DE SAGUIR, A. (2016). "La antijuridicidad en la acción preventiva del Código Civil y Comercial", *La Ley*, agosto, AR/DOC/155.
- BOTASSI, C. A. (1996). "La nueva legislación ambiental bonaerense", *Jurisprudencia Argentina*, IV, p. 892.
- _____. *Derecho Administrativo Ambiental*, La Plata: Librería Editora Platense, 1997.
- CAFFERATTA, N. "Competencia de la provincia en materia de protección ambiental" *Jurisprudencia Argentina*, 1998-I, p. 296-305.
- _____. "La ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada", *Doctrina Judicial*, Buenos Aires: La Ley, 2002.
- CALVO COSTA, C. A. (2018). "La pretensión preventiva en el derecho de daños", *Diario La Ley*, 33, 1-7.
- CAMPS, CARLOS E. (2015). "La pretensión preventiva de daños", *La Ley RCCyC*, Año I, Nro. 2, agosto 2015.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Edición del tricentenario, actualización 2007. (<http://dle.rae.es/?id=U9Cow1J>) (<http://dle.rae.es/?id=U9JkQmL>).
- DRNAS DE CLÉMENT, Z. (1998). "Conceptos y elementos jurídicos del Desarrollo Sostenible", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba: Lerner, 1999, 163-173.
- DRNAS DE CLÉMENT, Z. (2001). "Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en los sistemas internacional e interamericano", en *Jornadas de Derecho Internacional*, Secretaría General de la OEA, Washington, 2001, pp. 81-92.
- ESAIN, J. A. (2014). *Juicios por daño ambiental*, Buenos Aires: Hammurabi.
- FRUGOLI, M.A. (2015). "Principio precautorio vs. Principio de prevención en el C.C.y C", *Diario Ambiental* Nro. 96.
- GOROSITO ZULIAGA, R. (2017) "Los principios en el Derecho Ambiental", *Rev. Derecho* N° 16 Montevideo (<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v2i16.1471>).
- LÓPEZ HERRERA, EDGARGO (2006). "Daño ambiental. Análisis de la ley 25675", *Lexis Nexis*, Cita on line N° 0003/012508.
- MPOLÁS ANDREADIS, A. (2015). "Deber de prevención del daño y acción preventiva", en *Doctrina Judicial*, Año XXXI, N° 52 del 30/12/2015, La Ley, pp. 1/5.
- PALACIO, S. - JUNYENT. P. (Dir.) (2016). *Acción de amparo en Córdoba*, Córdoba: Advocatus.

- PEDRAZA LAYNEZ, J. (2016). *La responsabilidad por daños ambientales*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- PEYRANO, M. L. (2007). “La ley 25675 como verdadero signo de cambio para el Derecho Procesal argentino”, en *Cuestiones Actuales de Derecho Ambiental*, Buenos Aires: Ed. El Derecho.
- PEYRANO, J. W. (Dir.) - ESPERANZA, S. L. (Coord.) (2016). *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (1999). “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo 2”. Buenos Aires: Edit. Hammurabi.
- RAMOS MARTÍNEZ, M. F. (2016). “La prevención en el Código Civil y Comercial. Una nueva perspectiva para el Derecho de Daños en la protección de los derechos fundamentales”, *RCyS*, IX (AR/DOC/3151/2016).
- SAFI, L. K. *La acción preventiva de daños* (Vol. AP/DOC/136), La Ley.
- VÁZQUEZ FERREYRA, R. A. (2016). “La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material”, *La Ley RCCyC*, abril (AR/DOC/852/2016).
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (2004). *Actuaciones por Daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi.

EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN. LA CAUSA ROZNIATOWSKY VS ESTADO NACIONAL
THE PRINCIPLE OF PREVENTION. THE ROZNIATOWSKY CAUSE VS NATIONAL STATE

CRISTINA DEL CAMPO¹⁴⁶

Resumen: El trabajo, en primer término, introduce en la conceptualización del principio de prevención, el valor de los principios de derecho ambiental, en la normativa argentina en la materia. Luego, en segundo término, se adentra en el caso jurisprudencial seleccionado.

Palabras-clave: Principio de prevención – Normativa argentina – Caso Rozniatowsky vs Estado nacional.

Abstract: The work first introduces the conceptualization of the principle of prevention, the value of environmental law principles, and the Argentine regulations on the matter. Then, in the second term, it develops the selected jurisprudential case.

Keywords: Principle of prevention - Argentina regulations - Case Rozniatowsky vs National state.

Sumario: 1. Introducción.- 2. Los principios ambientales.- 3. El principio preventivo.- 4. El principio de prevención en la regulación argentina de base.- 5. Algo de Jurisprudencia.- 6.-Portezuelo Grande.- 7. Algunas reflexiones finales.

1.-Introducción

En este trabajo se analiza la aplicación del principio preventivo en el caso *Rozniatowski, Rosa Cristina c/ Estado Nacional - Secretaría de Energía de la Nación s/ amparo*, causa referida a la demanda por la seguridad de una represa incluida en el complejo Cerros Colorados¹⁴⁷, provincia de Neuquén de la República Argentina, interpuesta por habitantes radicados aguas abajo (en algunos casos hasta en el lecho del río) para proteger sus bienes y vida instalados en zona histórica de riesgo hídrico.

El principio preventivo, es un concepto mental que parte de lo que está bien y lo que está mal y el evitar lo que puede ser lo malo. El principio preventivo es “el” principio ambiental, ya que sin el mismo no es posible la aplicación de la mayoría de los otros principios ambientales.

El equilibrio o balance entre la tutela de lo natural y la utilización racional de los recursos (desarrollo) ha sido y seguirá siendo un desafío. Por ejemplo, con la construcción de una represa se ha roto un equilibrio natural en pos de un interés público. Un dique, energía y resguardo ante crecidas (un río que requería ser regulado ya que los desbordes eran una constante de la dinámica de la cuenca) y un pueblo desarrollado en torno al conjunto de represas; y gente que invariablemente va a instalarse en áreas lindantes a cursos y cuerpos de agua, agudizándose esta realidad con cauces que quedan liberados a la percepción del no riesgo hídrico entre los habitantes (no hay agua, no hay riesgo, voy a instalarme cerca del agua, lo más cerca que pueda así nadie se entromete en mi goce y disfrute de lo que es de todos). Con la construcción de las represas, se termina conformando un eje de desequilibrio inevitable.

¹⁴⁶ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Docente Universidad Nacional de la Defensa, Universidad Católica de Córdoba y Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹⁴⁷ El complejo está constituido por las presas Portezuelo Grande, Loma de la Lata, Planicie Banderita, El Chañar y los embalses Mari Menuco, Los Barreales, El Chañar en la provincia de Neuquén.

Es a partir de una gran inundación ocurrida en el año 2006 que se presenta una demanda por la seguridad de la represa en el complejo Cerros Colorados. La causa consta de tres instancias todas concordantes, en ellas el principio *preventivo* se despliega como principio rector fundado en el objetivo de evitar el daño.

El principio *in dubio pro homine* va a ser en esta causa el que nos va a marcar el rumbo en la tutela reafirmando el principio preventivo (daños) vs *in dubio pro natura* del principio precautorio.

2.-Los principios ambientales

Los principios no se presentan ni aplican en forma aislada, al menos deberían analizarse con esta visión. Sin embargo, a los fines del objetivo de este trabajo, se ha separado al principio preventivo para situarlo en el centro de observación, lo que en definitiva nos permitirá -en el caso bajo tratamiento- analizar su aplicación en una situación que involucra la seguridad de las personas y bienes.

Es necesario reconocer que los principios se conforman como sistemas complejos porque se desprenden de la lógica ambiental y de un sistema complejo que no puede en su aplicación a la realidad ser aislado por el hecho de ser parte del ordenamiento jurídico. En algunos casos los principios actúan como guías, pero en otros -como el de nuestro ordenamiento jurídico ambiental- obran como normas concretas que conforman parte del derecho vigente en categoría amalgamada entre principio y regla.

Los principios son la herramienta para solucionar un problema de interpretación jurídica específica, plastinizando al modo de la regla de Delfos, una norma o un conjunto de normas al momento de interpretarlo y aplicarlo; sirven para deconstruir una regulación que puede haber quedado desactualizada a la realidad; esto es, con los mismos ladrillos armar una construcción nueva (no permitiendo a su vez una alteración de la esencia de lo que regulaba) siendo en definitiva motores de la evolución del derecho ambiental. Y aunque no crean derecho, reafirman la esencia de lo justo.

Los principios, por lo general, se desarrollan a partir de valores que en nuestro caso se enfocan en la relación del hombre con el medio natural, con lo cual nuestros principios ambientales tienen esa base de las relaciones y las responsabilidades que ya trata del derecho en general a aquella que implica la supervivencia del ser humano en el planeta, el cuidado del entorno para el hombre, la sustentabilidad del ser humano en su entorno. Bastante egoísta, pero es así.

Un principio es lo que un cauce es para el agua para conformar un río, es el espacio de suelo por el cual se mueve, pero sin salirse del mismo.

Los principios han sido objeto de tratamiento y análisis por parte de importantes doctrinarios y filósofos entre otros:

-Parejo Alfonso “La distinción entre valores y principios resulta ser así, más bien de grado: los primeros son las normas más abstractas y abiertas (cláusulas generales), los segundos tienen un contenido ciertamente indeterminado, pero más preciso o concreto que el de los anteriores”¹⁴⁸.

-Dworkin realiza su aporte diferenciando los principios de las reglas. Para Dworkin -en su distinción entre regla y principio- “los principios proporcionan

¹⁴⁸ PAREJO Alfonso. L. “Constitución y Valores del Ordenamiento”, en la obra colectiva, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a Eduardo García de Enterría*, Tomo 1, Madrid, CIVITAS, 1991. p. 124.

razones en favor de una u otra decisión, que en caso de colisión de dos o más principios se da más valor al de mayor peso”¹⁴⁹.

-Para Alexy, la distinción entre reglas y principios es que estos últimos son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación a las posibilidades jurídicas y fácticas, por lo cual son mandatos de optimización¹⁵⁰.

-En el orden teórico, también hay acuerdo en interpretar las obras de Ronald Dworkin (1978) y Robert Alexy (1993) como las más relevantes a la hora de argumentar sobre la utilidad de hablar de principios en la práctica constitucional¹⁵¹.

3.-El principio preventivo

Conforme a la Real Academia de la Lengua Española el término “Prevención”, proviene del latín *praeventio-ōnis* con las siguientes acepciones:

- 1.- Acción y efecto de prevenir;
- 2.- Preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo;
- 3.- Provisión de mantenimiento o de otra cosa que sirve para un fin (...) ¹⁵².

Para Zlata Drnas, desde el plano internacional: "El principio (de prevención) está asentado en la idea de “diligencia debida” de los sujetos de Derecho internacional, es decir, en la obligación de vigilancia y adopción de previsiones en relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, no causen perjuicios transfronterizos. Esta obligación está constituida por el conjunto de “estándares mínimos” de comportamiento de diligencia exigibles internacionalmente (diligencia suficiente). Esta diligencia, es el mínimo constitucional y legal imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones internacionales (“derecho interno internacionalmente indispensable”)¹⁵³.

La preocupación mundial por los efectos del accionar humano llevó a ir desarrollando regulaciones en torno al accionar antrópico a fin de abordar las causas y las fuentes de los efectos que alteren en forma relevante el ambiente.

Según Meier: “Como gran parte de los principios rectores aplicables al mundo del Derecho, el concepto de prevención es meta o extra-jurídico. Tiene que ver con el sentido común, un criterio de vida que deriva de la razonabilidad o la prudencia deseable ante los riesgos inherentes a la vida individual y colectiva. Por esa razón, la prevención es aplicable a cualquier ámbito de las actividades humanas. Un antiguo adagio popular expresa una regla de oro del actuar razonable y prudente: ‘Más vale prevenir que lamentar’”.¹⁵⁴ Conforme a este autor, el principio de prevención puede ser analizado desde tres dimensiones; “una dimensión temporal (¿cuál es el momento conveniente u oportuno para intervenir), una funcional (¿de qué manera ha de intervenir), una

¹⁴⁹ ALEXY, R. “Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *DOXA* 5, 1988. pp139, 151, 141.

¹⁵⁰ ALEXY, R. Ob. cit. p. 143.

¹⁵¹ VITAL, V. “La Noción de Principios Jurídicos en la Teoría del Derecho de Hermann Heller”, *Isonomía* N°. 43, octubre 2015, pp. 49-75, en part., p. 50.

¹⁵² V. RAE, <http://dle.rae.es/?id=U9Cow1J>

¹⁵³ DRNAS, Zlata. “Los Principios de Prevención y Precaución en Materia Ambiental en el Sistema Internacional y en el Interamericano”, *Jornadas de Derecho Internacional, Secretaría General de la OEA*, Washington, 2001, pp. 81-92. p81

¹⁵⁴ MEIER, Enrique “Los Principios de Prevención, Precaución y Prudencia: Axiología Superior del Derecho Ambiental” *Mundo Nuevo, Año III, Vol. 1, N° 6, Caracas, Venezuela 2011, pp. 137-187. P,159*

estructural (¿cuál es la amplitud de la medida o medidas preventivas?). Cuando es previsible o prevenible, puedo adelantarme a determinados hechos o acontecimientos¹⁵⁵. SADELEER¹⁵⁶ enumera tres aplicaciones del principio de prevención: el establecimiento de umbrales de prevención, la mejor tecnología disponible y la evaluación del impacto ambiental. Además, enumera una serie de atributos del mismo.

El principio preventivo, como ya se expusiera, no es independiente de otros principios¹⁵⁷ si bien puede ser aplicado en forma aislada, pero se corre el riesgo -al abordarse el caso desde una sola perspectiva- de caer en inequidades e incluso en validar ilícitos.

Al ser aplicado a hechos concretos no puede escindirse de la ciencia ni de la experiencia, habida cuenta que generalmente se trata de minimizar riesgos. La evaluación que se haga de los riesgos es fundamental a los fines de disminuir la posibilidad de ocurrencia del hecho dañoso que desde la lógica y la racionalidad se puede predecir, aunque deba, además, basarse en estudios técnicos que corroboren lo que la lógica y la racionalidad alertan como efectos evidentes. La magnitud de los efectos dañosos previsible deberá tener una relación coherente con la calidad de las previsiones que se adopten, ya que la esencia del principio de prevención es su aplicación *ex ante*.

Principales atributos. Sobre este principio se ha escrito prolíficamente¹⁵⁸. De la amplia literatura que sobre este principio se despliega, podemos mencionar entre los principales atributos de la prevención¹⁵⁹ -partiendo siempre del genérico la **lógica-**:

- hechos ciertos, concretos;
- efectos ciertos: previsibilidad de efectos y de impactos;
- riesgo racionalmente actual, evidente y comprobado o demostrable, amenaza de daño cierto, consecuencias ciertas;
- gravedad: umbral de daño relevante (no cualquier impacto);
- supuestos comprobados;
- aplicación *ex ante*.

Algunas instancias en las que aparece el principio. Lo preventivo y su relación con el daño proviene desde las fuentes y bases de nuestro derecho. Así conforme a la jurista Paola Zini Haramboure en el derecho civil europeo y latinoamericano la *cautio damni infecti* y la prevención del daño -noción romana de daño temido- son receptadas desde largo tiempo. La *cautio damni infecti* era una medida pretoriana destinada a la defensa contra los daños temidos en las relaciones de vecindad. Aparcía ya en el Digesto de

¹⁵⁵ MEIER, Henrique. El Derecho Ambiental y el Nuevo Milenio. Homero, Caracas 2003, p.161

¹⁵⁶ SADELLER, N. *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*. Oxford University Press, 2002. pp.61 y ss

¹⁵⁷ Sadeleer, por ejemplo, trata sobre el principio quien contamina paga y la necesaria vinculación con el principio preventivo (V. <http://www.tradeenvironment.eu/uploads/papers/de%20Sadeleer.pdf>).

¹⁵⁸ V. DRNAS, Z. “Los principios (...)”, ob cit.; CAFFERATTA, N. *Principios de Derecho Ambiental* (<http://web.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf>). SADELEER, N. (<http://www.tradeenvironment.eu/uploads/papers/de%20Sadeleer.pdf>), MEIER, H. Ob.cit;

COMANDUCCI, P. “Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho”, *DOXA 21-II*. 1998. Pp. 82-104,

¹⁵⁹ Conforme a Zlata Drnas entre las Características de los principios de prevención: “ a) Principio de prevención (riesgo cierto, daño dudoso) Este principio se caracteriza por la: -obligación del sujeto internacional de adoptar previsiones atento la certeza científica sobre los riesgos que entraña la actividad; -obligación de actuar de modo proporcional a las fuerzas en juego para evitar daños transfronterizos; -imposición de restricciones o prohibiciones a las actividades bajo jurisdicción del sujeto internacional; -obligación fundada, básicamente, en el derecho internacional general”. DRNAS, Z. “Los principios...”, ob cit., p. 83.

Justiniano (siglo VI), el que le dedica un título, “Del daño que amenaza”. La definición de daño temido expuesta previamente por Gayo (*Instituta*, siglo II) y receptada en el Digesto expresa: “daño que amenaza es daño aún no hecho, el que tememos que sobrevendrá”. También se halla en las VII Partidas de Alfonso X de Castilla (vigentes del siglo XIII al XIX). El concepto origina una medida de contenido netamente preventivo “conforme a lo bueno y equitativo”. García Garrido define el daño temido *-damnum infectum-* como el “daño que todavía no se ha causado pero que se prevé por el mal estado de una propiedad vecina”. El concepto innovador de “daño temido” origina una medida de contenido netamente preventivo. La caución de daño temido fue luego concebida como una medida de protección pretoriana, “en el deseo de no dejar desamparado ningún interés digno de protección”, destacándose de esta institución preventiva, que se debe apreciar “conforme a lo bueno y equitativo”¹⁶⁰.

En la historia del derecho ambiental internacional (DAI)¹⁶¹ puede considerarse que el principio se despliega a partir del de soberanía estatal. La *lógica preventiva* data de aproximadamente hace 90 años como base de muchos acuerdos y medidas concretas destinadas a la minimización de la contaminación como un principio dirigido a la prevención de "cierto" daño. El principio que no ha llevado una existencia autónoma en el derecho internacional general y pocos autores entienden que ha alcanzado estatus de derecho internacional consuetudinario general a través del deber de diligencia debida. Debe tenerse en cuenta que el Derecho internacional se ocupa de las relaciones de los sujetos (Estado-Organizaciones internacionales) en sus relaciones internacionales. De allí que las regulaciones se centren primordialmente en el deber de evitar el daño transfronterizo¹⁶², el que se funda en el antiguo principio y norma consuetudinaria *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Sin embargo, el Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA) que abarca tratados, normas consuetudinarias y principios, como rama especializada del derecho internacional, ha privilegiado al principio de prevención en numerosas resoluciones de las Naciones Unidas que han alcanzado el valor de norma consuetudinaria y tratados internacionales como principio autónomo del derecho ambiental, aplicable tanto en el plano interno como en el internacional¹⁶³.

Las *Conferencias de la Tierra* desde Estocolmo de 1972 a las que les siguieron lo incluyen como un principio inherente o abarcando la “prevención” del daño ambiental:

¹⁶⁰ Cfr. ZINI HARAMBOURE, P. “*Cautio damni infecti* y la prevención del daño: de sus orígenes romanos a la reforma del Código Civil argentino. Proyección en el derecho ambiental”, *ANALES* N° 42 - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP, 2012, pp. 336-352.

¹⁶¹ V. DRNAS, Z. “Fuentes Del Derecho Internacional del Medio Ambiente” en SINDICO, F. (Coord.) *Environmental Law, University of Surrey*, CMP Publishers, London, 2010. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/download/37/27>.

¹⁶² V. art. 30 “La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo. Todos los Estados tienen la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Todos los Estados deben cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente”. Res. 3281 (XXVIII) de la AG NU *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*.

¹⁶³ Ya en 1954 se adoptó el *Convenio internacional para prevenir la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos*. Le siguieron numerosos otros, entre ellos, la *Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* de 1985, la que en el art. 2.2.b) establece que los EP: “Adoptarán las medidas legislativas o administrativas adecuadas y cooperarán en la coordinación de las políticas apropiadas para controlar, limitar, reducir o prevenir las actividades humanas bajo su jurisdicción o control en el caso de que se compruebe que estas actividades tienen o pueden tener efectos adversos como resultado de la modificación o probable modificación de la capa de ozono”. Numerosos convenios han percibido al principio de prevención más allá del deber transfronterizo de no causar daño desde variados tópicos, por ejemplo, residuos peligrosos, cambio climático, diversidad biológica, desertificación, etc.

"los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional"¹⁶⁴.

A este principio se halla desplegado en diferentes instrumentos jurídicos internacionales (incluidos los propios de los procesos de integración) desde la base común de prevenir daños y por lo general acompañando a otros principios.

Así, la *Comunidad Europea/Unión Europea* pasó en sus tratados de dar preeminencia a las acciones reactivas a concentrar sus esfuerzos en programas de tipo preventivo y de precaución desde 1986. En una primera etapa, el art. 130 R establecía "2. *La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad*"¹⁶⁵.

Con referencia al *Mercosur*, el principio de prevención lo encontramos en el preámbulo del Tratado y en varios documentos, entre ellos, el denominado "Directrices Básicas en Materia de Política Ambiental", plasmándose incluso en el establecimiento de instrumentos como la evaluación ambiental estratégica.

4. El principio de prevención en la regulación argentina de base

La Constitución Nacional (CN) fija el principio de prevención como guía en la acción sobre el ambiente y como posibilitador del *derecho al desarrollo sustentable* y al *derecho al ambiente sano y equilibrado*, garantizador de derechos ambientales. *Las autoridades deben proveer a la protección de estos derechos lo que importa la esencia constitucional del principio en deberes como éste y el de todos de preservarlo* (art 41 CN)

"Lo preventivo" en "lo ambiental" -en nuestra CN- se asienta en el daño ambiental y en el amparo (art. 43 CN) pero además en la previsión del deber de las autoridades de proveer a la protección de los derechos ambientales.

En la *Ley 25675. Principios de la política ambiental* aparece 8 veces expresamente mencionado:

Artículo 4. La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:

Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

¹⁶⁴ "Principio 2. De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional". Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo 1992 (<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>).

¹⁶⁵ V. *Tratado de la Unión Europea de 1986*, en su art. 130 R. 2. <https://www.boe.es/boe/dias/1987/07/03/pdfs/A20172-20182.pdf>

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 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 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 (...).

Artículo 2. La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos: (...) 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 (...); k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental.

Artículo 34. Crea el Fondo de Compensación Ambiental que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente.

Incluso el COFEMA (ANEXO: Artículo 2) tendrá entre sus objetivos: Formular una política ambiental integral, tanto en lo preventivo como en lo correctivo, en base a los diagnósticos correspondientes, teniendo en consideración las escalas locales, provinciales, regionales, nacionales e internacionales.

El instrumento de gestión ambiental de *Evaluación de Impacto Ambiental*, no puede dejar de reconocerse como uno de los principales aportes en materia preventiva en su aplicación homogénea en todo el territorio argentino.

El principio se despliega en nuestro ordenamiento jurídico ambiental y de incidencia ambiental. Esta misma ley definió al *daño ambiental* en el art. 27 *in fine*: “Se define el *daño ambiental* como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes y valores colectivos”. Tomando la prevención como pilar del derecho ambiental, se comprende fácilmente que el concepto de “daño temido” de la solución romana resulte especialmente interesante y aplicable para la tutela civil del medio ambiente, complementando incluso las normas de derecho público.

EL actual CCC en el Título V. Capítulo 1 sobre Responsabilidad establece que *Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación. Deber de prevención del daño: Acción preventiva (art 1710 y ss.); art. 1710. Deber de prevención del daño:*

CCC Artículo 1711. Acción preventiva La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

5. -Algo de Jurisprudencia

El *leading case* del derecho ambiental argentino data de 1887 y es la causa “Saladeristas Podestá, Bertam, Anderson, Ferrer y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, 14/05/1887, que viene a afianzar el concepto de poder de policía ambiental.

En la causa “*Kattan, Alberto E. y otro c/ Gobierno Nacional -Poder Ejecutivo*” 10/05/1983, el fallo hizo lugar al amparo iniciado por Alberto E. Kattan y Juan Schroder contra el Estado nacional. En consecuencia, declaró nulas las resoluciones, por las cuales se autorizaba a “Sunshine International Aquarium” y “Matsushima Aquarium” a capturar y exportar 8 y 6 ejemplares de *cephacrhynschus commersonii*, en razón de no haberse realizado el estudio de impacto ambiental pertinente.

En año 1998, la Corte Suprema de Buenos Aires, (caso “*Almada, Hugo Néstor c/ Copetro S.A. y otro s/ daños y perjuicios*”) se dictó sentencia, resaltando el papel irrenunciable del juez en su participación activa con miras a la prevención del daño ambiental.

El caso “*Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios*” (2006, 2008, 2015) termina marcando la línea preventiva de manera contundente, ya que la tutela del bien colectivo afectado se vio como objeto primordial en la causa, donde la prevención era lo prioritario.

En el amparo ambiental interpuesto por la “*Asociación Argentina Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz Provincia y PEN s/ amparo ambiental*” (CSJN. Sentencia, 21 de diciembre de 2016) se estableció que corresponde ordenar la suspensión provisoria de las obras de dos represas de Santa Cruz hasta que se implementen el proceso de EIA y audiencia previstos en la ley 23879.

Estos casos seleccionados, de distintas épocas en el desarrollo de lo ambiental en la jurisprudencia, constituyen guía preponderante de los jueces en sus fallos en materia ambiental y sirven de ejemplo para visualizar la jerarquía del principio preventivo en los decisorios.

6.-Portezuelo Grande

El Complejo Hidroeléctrico Cerros Colorados con su derivador de Portezuelo Grande, inaugurados en 1972, fue concebido para evitar las inundaciones del Río Neuquén que afectaban a los productores del Alto Valle del Río Negro. Mediante el vertedero Portezuelo se deriva un 70 % del caudal del Río Neuquén hacia las depresiones naturales de Los Barreales y Mari Menuco, aliviando las condiciones hidrológicas del curso original. Las obras fueron proyectadas con ajuste a los criterios de seguridad vigentes en su momento, basados en el análisis estadístico de los registros de caudales máximos anuales y considerando un período de retorno de 5.000 años. De este modo, se estableció la crecida de diseño en 11.500 m³/s¹⁶⁶.

La localidad de Cipolletti, el 3 de julio de 2006, se vio afectada por una crecida que alcanzó a 10.347 m³/s del complejo, esto es cercano a la crecida de diseño de la represa que motivó la causa.

Luego de la crecida del 2006 se presentó amparo en el Juzgado de Primera Instancia de Neuquén, caratulándose la causa como *Rozniatowski, Rosa Cristina c/ Estado Nacional - Secretaría de Energía de la Nación s/ amparo* por la cual se demanda la seguridad de la presa derivadora Portezuelo Grande.

¹⁶⁶ V. Cfr Informe del Consejo Técnico del ORSEP sobre la mitigación de crecidas sobre el Río Neuquén, mediante la construcción del Sistema Chihuido (<http://www.orsep.gob.ar/bank/data/inf-cjo-tec-orsep-mit-crec-r-neuquen-sistema-chihuido-i.pdf>).

El *Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1 de Neuquén*, a cargo de la Jueza María Carolina Pandolfi entendió que se configuraban la urgencia y riesgo suficientes para requerir la solución a la problemática planteada. Describió el riesgo existente a partir de un eventual pico máximo de crecida en el río Neuquén, el cual se estimaba en 14.520 m³/s y que derivaría en la eventual ruptura del Dique Portezuelo Grande y el resto del complejo Cerros Colorados. La sentencia de primera instancia hizo lugar al amparo y condenó al PEN a "(...) *realizar las obras necesarias para garantizar la seguridad de la presa para que resista una crecida máxima probable (pico instantáneo) de 14.520 m³/s*". En este decisorio la jueza valoró particularmente el informe del Organismo Regulador de Seguridad de Presas (ORSEP), el que presentó un estudio de la consultora BC Hidro International Ltd., contratada a tales fines por ella y el de la Autoridad Interjurisdiccional de las Cuencas de los ríos Limay, Neuquén y Negro (AIC), el organismo de cuencas que tiene por objeto la administración, control, uso y preservación de los ríos mencionados. El Informe ORSEP¹⁶⁷ que sustentaba el decisorio era del Consejo Técnico del ORSEP sobre la mitigación de crecidas del Río Neuquén. Expresaba que "durante los 40 años desde la finalización de las obras, se han producido cambios significativos en los criterios de diseño y de seguridad de presas. Para restablecer las condiciones de seguridad, se ha considerado: • Reformular el esquema de atenuación y control de crecidas del Complejo Cerros Colorados; • Impulsar la construcción de una presa aguas arriba de Portezuelo Grande, destinada al control de crecidas".

Señalaba: "Paralelamente, ha crecido progresivamente la ocupación de áreas incluidas en la planicie de inundación del río por parte de pobladores y productores rurales, incrementando la exposición de vidas y bienes a los riesgos derivados de crecidas extraordinarias. Todas estas circunstancias llevaron al ORSEP a promover la realización de estudios tendentes a determinar las condiciones reales de seguridad bajo las cuales se encontraba operando el sistema de Portezuelo Grande y evaluar la necesidad de ejecutar obras de ampliación de su capacidad".

En la etapa de proceso señalada la actora afirmó que el pico de la crecida máxima de las aguas, al diseñarse la presa Portezuelo Grande en la provincia de Río Negro (en la década de 1970) aumentó de 11.500 m³/s a 14.519 m³/s. Asimismo, indicó que "*desde el año 2001 la ORSEP y la AIC habían determinado que la presa era incapaz de resistir la crecida máxima probable pronosticada*". Lo cual, según la amparista, podría ocasionar "serios daños para los habitantes de los núcleos poblacionales ubicados aguas abajo de la represa, en especial para los residentes de la ciudad de Cipolletti", lo que la llevó a solicitar que se condenara al Estado Nacional a ejecutar las obras necesarias para elevar la capacidad de la presa hasta el volumen de la nueva crecida máxima probable pronosticada, de modo de evitar un eventual colapso.

El fallo termina en una obligación de hacer, intimándose al Estado Nacional para que, dentro del plazo de 120 días de quedar firme la sentencia, "(...) informe al Tribunal sobre las características de la obra a realizar y sobre su plazo de ejecución, el que deberá atender únicamente a los aspectos técnicos de la obra y, con posterioridad, la ejecute en los términos propuestos y en el plazo informado que será sometido a aprobación judicial.

Agregó que "(...) o la presa es segura o no lo es, pero si se llega a la conclusión de que no es segura, alguien tiene que ocuparse de que lo sea y, para ordenarlo, quién sino el poder judicial".

En todo momento el fallo evidencia la aplicación estricta del principio preventivo, totalmente aislado de otro tipo de principios como el de equidad o el de desarrollo sustentable -entre otros-; en la inobservancia de la evaluación de responsabilidades por

¹⁶⁷ *Ibidem*.

parte de las autoridades locales; y por la apropiación de un bien de dominio público por parte de los reclamantes de seguridad radicados en zona de cauce o zonas de riesgo hídrico.

La *Cámara Federal de Apelaciones de General Roca* rechazó el recurso de apelación deducido por el Estado Nacional y confirmó la sentencia, pero apuntó a una acción concreta: "reforzar" la represa.

La *CSJN* con relación al recurso ordinario interpuesto por el Estado Nacional, demandado en autos, Buenos Aires, 3 de marzo de 2009¹⁶⁸, confirmó las sentencias e hizo lugar a la acción de amparo, condenando al Estado Nacional a realizar las obras necesarias para garantizar la seguridad de la presa "Portezuelo Grande", ampliando su capacidad para que resista una crecida máxima probable (pico instantáneo) de 14.520 m³/s, intimando al Estado Nacional para que informe al Tribunal sobre las características de la obra a realizar y plazo de ejecución (...).

En los Considerandos se lee: "*Que, para arribar a la decisión favorable a la pretensión de la actora, el a quo tuvo en cuenta que (...) o la presa es segura o no lo es, pero si se llega a la conclusión de que no es segura, alguien tiene que ocuparse de que lo sea y, para ordenarlo, quién sino el poder judicial, encontrando allí la base preventiva, 'el estándar mínimo es la inminencia de amenaza'*".

Señaló que "*el Estado Nacional tiene obligaciones en cuanto al deber de seguridad de los habitantes a través del PEN, 'como parte del ejercicio de poder de policía'. Fue el propio Estado Nacional quien dispuso la creación de un organismo en su seno para ocuparse de la seguridad de las presas: ORSEP. Su institución tuvo su razón de ser en 'las consecuencias dañosas de la rotura de una presa de magnitud significativa en lo económico-social y en lo atinente a la potencial pérdida de vidas humanas, afectarían tanto a la región en que el evento se produzca como a la Nación entera'*".

El propio Decreto asumió "*que (era) responsabilidad esencial del Estado Nacional garantizar las condiciones de seguridad de los aprovechamientos hidroeléctricos de su propiedad durante su diseño, construcción, operación y/o remoción*" (fundamentos Dec. 239/99 PEN). "*Tratándose de la prevención de un evento que afectaría diferentes jurisdicciones por deficiencias de una presa cuya seguridad está sometida a control del Estado Nacional a través del ORSEP". Es indudable que el PEN debe asumir la responsabilidad por la prevención del daño que es objeto de este proceso*".

Se lee además que ORSEP y la AIC ya desde el año 2001 habían determinado que la presa era incapaz de resistir la crecida máxima probable pronosticada. Todo ello obligó a los jueces a tomar un rol activo y a desplegar particular energía para hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a la protección de derechos fundamentales.

Asimismo, se lee en el fallo que el Poder Judicial cuenta con atribuciones suficientes para conminar al Poder Ejecutivo a realizar una obra eficaz para conjurar un riesgo verdadero, cuya certeza deriva de las conclusiones que el propio administrador elaboró a través del ORSEP.

Por último, expone que el *a quo* enfatizó que se encontraba probado en autos y que la demandada no cuestionó nada al respecto "*(...) que la crecida máxima probable en base a la que se diseñó la presa Portezuelo Grande ha variado después de cuarenta años, incrementándose de 11.500 m³/s hasta alcanzar 14.500 m³/s; también que, con ese diseño, el sistema hidráulico mencionado no puede soportar un pico de crecida de esa magnitud; existe, también entre la documentación del legajo, una proyección de las*

¹⁶⁸ R. 1242. XLIII. R.O. *Rozniatowski, Rosa Cristina c/ Estado Nacional - Secretaría de Energía de la Nación s/ amparo*, Firmantes: Ricardo Lorenzetti - Carlos S. Fayt - Enrique Petracchi - Juan Carlos Maqueda - Raul Zaffaroni - Carmen M. Argibay.

dimensiones que la catástrofe adquiriría si, producido el fenómeno natural del pico de crecida, la presa cediera ante ese volumen".

El Estado Nacional, negó que la crecida máxima probable calculada para diseñar la presa (11.500 m³/s) hubiera aumentado. Entendió que la eventual rotura de esta última no ocasionaría a los habitantes de la ciudad de Cipolletti mayores daños que los que hubiese provocado una crecida natural de no haber sido construida la presa. El Estado Nacional insistió en que los ciudadanos particulares fueron *"invadiendo el cauce originario del río Neuquén (...), ocupando de manera irresponsable zonas que (...) son naturalmente inundables"*. Así, sostuvo que era resorte exclusivo de la provincia preservar el bienestar de sus habitantes. Cuestiono la *"existencia de inminencia"*.

Se lee *"Al respecto, conviene recordar que esta Corte tiene dicho que 'siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, deben los jueces habilitar las vías del amparo, ya que la existencia de otras alternativas procesales que puedan obstar a su procedencia no debe formularse en abstracto, sino que depende en cada caso de la situación concreta a examinar'. En suma, el mero señalamiento de la existencia de 'otras vías procesales' implica desconocer que no se debe resistir dogmáticamente la admisibilidad del amparo para ventilar un asunto que, como cualquier otro que se promueva a través de esa acción, contaría, desde luego, con dichas vías alternativas. De otro modo cabría considerar que la Constitución Nacional en su art. 43, ha establecido una garantía procesal que, en definitiva, resultaría intransitable"*.

El Estado Nacional endilgó a la Cámara una incorrecta interpretación de la prueba rendida en la causa, sin una mínima referencia a las constancias supuestamente tergiversadas en la inteligencia que cabría otorgarles. Antes bien, y en forma dogmática, se ensayan definiciones ininteligibles respecto del método de "análisis de frecuencia que resulta de la crecida de diseño para una recurrencia dada" y el de la "crecida máxima probable" (fs. 488 vta./491), entre otros aspectos específicos de la temática involucrada".

Es de resaltar en este punto que lo que se cuestionaba era el cambio de metodología para calcular la crecida, cuestión esta que pareció ser fácil de entender en unos informes y difícil en otros.

El propio Estado, a través del ORSEP y a propósito del evento hidrológico ocurrido en el río Neuquén el 13 de julio de 2006, estimó que correspondía proceder a la actualización de la crecida máxima probable "incorporando al estudio toda la información inherente a la nueva crecida ocurrida".

Todo lo señalado "obligó a los jueces a tomar un rol activo y a desplegar particular energía para hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a la protección de derechos fundamentales".

Es así que el Estado Nacional se comprometió a realizar Chihuidos¹⁶⁹ (una o dos represas más) en cumplimiento de la manda judicial, siendo ésta la *posibilidad de manejar la crecida (la construcción de embalses adicionales en la cuenca Chihuido 1 y 2*. Esto es, creando más "riesgos", conforme a la lógica que vienen siguiendo.

7.-Algunas reflexiones finales

¹⁶⁹El ORSEP en sus posteriores intervenciones a partir del fallo eleva informes en los que se lee: *"empero al haberse elevado el valor del pico instantáneo a 25.000 m³/s, toda inversión que se realice en la represa de Portezuelo no cumplirá con el propósito perseguido (brindar seguridad a los bienes y personas ubicados aguas abajo- tal como aconseja el informe de Auditoría Técnica de Seguridad de Presas p/ ORSEP del año 2008", "(...) la única posibilidad de manejar la crecida es la construcción de embalses adicionales en la cuenca (Chihuido 1 y 2)", que es lo que se termina comprometiendo por parte del PEN.*

El principio preventivo es el principio más difícil de eludir, y el de mayor vulneramiento en países como el nuestro, y no porque no hubiera sido bien aplicado en el proceso bajo análisis, sino porque quienes debieron aplicarlo primariamente en los hechos no lo hicieron.

Se aplicó el principio de prevención a lo largo de todo el proceso, en las tres instancias. La lógica preventiva ha sido acorde a la lógica civilista tradicional. La racionalidad dice que el valor prioritario es la vida, la seguridad de personas y bienes. Sin embargo, el principio no fue lo seguido a lo largo de toda esta actividad, que se inició con la invasión del valle de inundación de un río y el apoderamiento en otros casos, de parte del cauce “desafectado”. Por lo tanto, si se me ocurrió instalar mi casa en territorios del río o susceptibles de ser tomados por el río y el Estado no adoptó medidas frente a ello, es el Estado quien debe pagar por mi seguridad (o sea todos nosotros). No se tomaron los recaudos legales en su momento, pero luego sí “deben” tomarse.

No se puede seguir en un circuito irracional por el cual todos pagamos la seguridad a un puñado de personas que se quedó con lo de todos, avalando con ello lo ilícito en algunos casos y en otros lo irracional (basta con ver un mapa de la zona).

Aquí, al no haber funcionado lo preventivo en la gestión pública (entre otras dimensiones), al permitir esos asentamientos en zonas de riesgo hídrico (o lo que es peor, en la zona de los cauces) se agrava doblemente el vulneramiento del deber constitucional de las autoridades de proveer a la protección del derecho ambiental. Básicamente porque ahora todos (aun los excluidos del uso y goce del curso de agua) debemos asumir los costos por la seguridad de unos pocos que se instalaron después de la instalación del nuevo riesgo (la represa). Insisto, no es mi intención cuestionar el valor primero, la vida, sí resaltar como no funcionó el principio preventivo en las etapas correspondientes. ¿Los que debieron alzar la primera voz de alerta donde estaban? ¿Quién permitió que se instalaran allí? ¿No es relevante la cadena de responsabilidades? De no haber estado la represa, ¿podrían haberse asentado en ese lugar? Todas preguntas relevantes.

El cambio de lógica, en donde lo preventivo implica un cambio mucho más profundo en el sistema en línea al nuevo Código Civil y Comercial donde se transforma el orden de prioridades de los derechos y por el cual el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes públicos (como los ríos) deba ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, se vislumbra como algo que está aún lejos.

El principio de prevención como principio general del derecho incluye el deber de evitar daños y en consecuencia la protección mediante recaudos previos razonables. Los jueces actuaron preventivamente y su respuesta fue relevante porque las consecuencias son tangibles. El principio se aplicó correctamente, no así el obviar incluir a todos los responsables de la afectación del bien reclamado.

Derechos individuales protegidos vs derechos colectivos y bienes de dominio público apropiados por unos pocos en concepto de apropiación/propiedad. No deja de asombrar que la solución planteada por la justicia sea seguir creando más situaciones de “riesgo” y de nuevas violaciones, impactando el ambiente con más represas. Siendo en este punto donde la aplicación del principio preventivo no parece encontrar bases de sustento sólido en el caso considerado-

La aplicación del principio de prevención en los fallos es la acorde al derecho y a la ética, pero algo hace ruido en el río y no es solo agua la que baja.

PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN COMO PGDA DOS CASOS JURISPRUDENCIALES PARADIGMÁTICOS¹⁷⁰

PRINCIPLE OF PRECAUTION AS GPDL TWO PARADIGMATIC JURISPRUDENTIAL CASES

ADRIANA LISTOFFSKY

Resumen: El presente trabajo referencia la aplicación del principio precautorio en la jurisprudencia en dos fallos paradigmáticos: “*Castellani Carlos E. y otros s/Acción de Amparo*” y “*Cruz Felipa y otros c/Minera Alumbreira Ltd*”, buscando extraer algunas conclusiones generales de ellos.

Palabras-clave: Principio de precaución – jurisprudencia argentina.

Abstract: This paper refers to the application of the precautionary principle in the jurisprudence in two paradigmatic cases: "Castellani Carlos E. and others s / Action of Amparo" and "Cruz Felipa and others c / Minera Alumbreira Ltd", seeking to draw some general conclusions from them.

Key words: Precautionary principle - Argentine jurisprudence.

Sumario: 1. Introducción.- 2. Caso Castellani y otros.- 3. Caso Cruz Felipa y otros.- 4. Reflexiones finales.

1.-Introducción

Los principios generales del derecho son máximas enunciativas de valores fundamentales a preservar en las relaciones humanas individuales o colectivas. Mucho se ha discutido sobre el principio precautorio en el derecho ambiental, desde 1970 con la idea expresada en el *Vorsorgeprinzip* de Alemania y en el ámbito internacional con la Conferencia de Estocolmo del Medio Ambiente de 1972 y de Rio de Janeiro en el año 1992.

A nivel de derecho interno, la primera medida de que se tenga noticia del principio cautelar fue la orden local de quitar la manija de la bomba de agua de la calle Broad (Saint James) en Londres, a recomendación del médico John Snow, quien había relacionado (sin probar relación causal) el alto número de contagiados por el cólera (500 muertos en 10 días) con la calidad del agua potable de esa bomba. Snow hizo presente que el costo potencial de estar equivocado al removerla era menor que el de su no eliminación.

El presente trabajo pretende referenciar la aplicación del principio precautorio en la jurisprudencia en dos fallos paradigmáticos: “*Castellani Carlos E. y otros s/Acción de Amparo*” y “*Cruz Felipa y otros c/Minera Alumbreira Ltd*” y extraer algunas conclusiones generales de ellos.

2.-Caso Castellani y otros

La elección de este fallo obedece al hecho de haber transitado por todas las etapas procesales y por los errores técnicos presentados. Carlos Castellani, y otros inician una acción de amparo contra la Municipalidad de Oncativo, en razón de haberse erigido cuatro antenas de telefonía celular, planteando las posibles contaminaciones que causan las estaciones de base del sistema de telecomunicaciones móviles.

¹⁷⁰ Trabajo recibido el 11 de octubre de 2017 y aprobado para su publicación el 8 de noviembre del mismo año

Solicitan la admisión de la acción de amparo interpuesta y la suspensión de la autorización para la instalación de antenas de Telefonía Celular en el ejido de la ciudad de Oncativo hasta tanto se certificara científicamente -a través de organismos jurídicamente autorizados- la inexistencia de todo riesgo o peligro a la salud de la población o al derecho al medio ambiente sano.

El Tribunal de *Primera Instancia* (Juzgado de Instrucción, Menores y Faltas de Río Segundo) toma en consideración los pronunciamientos de distintos organismos, tales como: -parte de un informe producido por el Director de Medicina Preventiva de la Municipalidad de Córdoba que hace referencia a la ausencia de información científica suficiente sobre los efectos de los campos electromagnéticos a la salud humana y el medio ambiente; -un Informe del Observatorio Ambiental de la Municipalidad de Córdoba que dice que no pueden determinarse fehacientemente efectos dañinos sobre la salud humana para estos niveles de intensidad por radiaciones no ionizantes; -un Informe del Departamento de Electrónica de la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de la Universidad Nacional de Córdoba que concluye señalando que se supone en relación a las torres que, siendo usadas y probadas en diversos lugares del mundo, radian valores por debajo de los umbrales y resulta una presuposición que estos umbrales son correctos para salvaguardar la salud del público; -un Informe final de la Comisión de Evaluación sobre la contaminación visual, sonora y electromagnética de las antenas de telecomunicaciones de la Municipalidad de Córdoba, que concluye que las antenas instaladas en esta ciudad no representarían riesgos para la salud y el ambiente; -el Informe del Profesor Titular de Electromagnetismo de la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de la Universidad Nacional de Córdoba, que concluye que la solicitud de dar opinión sobre las posibles contaminaciones causadas por las estaciones base del sistema de telecomunicaciones móviles lleva al análisis de una compleja situación de tipo físico, fisicoquímico, médico, epidemiológico, oncológico, arquitectónico, acústico, etc., de los cuales, puede informar sobre algunas solamente. Por su parte, el Ingeniero Gustavo Navarro (Subdirector del Observatorio Ambiental de la Municipalidad de Córdoba) estima que de acuerdo a la información sobre estudios epidemiológicos en distintos países, no hay datos que corroboren fehacientemente la causa-efecto sobre la salud a los niveles de intensidad normales para monosoportes de antenas.

Todos los informes, coinciden en la existencia de vacíos de conocimiento en varias áreas y la ausencia de información científica suficiente sobre los efectos de los campos electromagnéticos sobre la salud humana y el medio ambiente y aconsejan adoptar medidas de cautela, basadas en la incertidumbre respecto de los posibles efectos dañinos a la salud humana.

Ante estos informes, el magistrado de Primera Instancia entendió que no se había demostrado científicamente que las emisiones electromagnéticas de la antena de que se trata afectarían directamente la salud humana, ni que tuvieran impacto ambiental nocivo; que no se había probado la existencia de lesión alguna de los derechos invocados por los recurrentes de un modo manifiesto como lo exige la naturaleza de la acción, por lo que la acción debía rechazarse debido a la necesidad de acudir a una mayor amplitud de debate y prueba que permitiera determinar o no el efecto nocivo de esas instalaciones.

Ante el rechazo de la acción, se presentó *Recurso de Apelación* (Cámara de Acusación de Córdoba), argumentando que el sentenciante había olvidado que la procedencia del amparo estaba fundada también en la figura de la “amenaza” o del “peligro inminente” y reiteraron los posibles efectos nocivos de las antenas de telefonía para la salud y medio ambiente.

Ante el rechazo de la apelación presentaron un *Recurso de Casación e Inconstitucionalidad* en los términos de los artículos 468, 469 y 483 y concordantes del

Código de Procedimiento Penal (por remisión del artículo 15 de la Ley 4915) el Tribunal Superior de Córdoba se pronunció el 11 de marzo de 2003 sobre las siguientes cuestiones:

- ¿Constituyen las antenas de telefonía celular una amenaza para el medio ambiente?
- ¿Ponen en riesgo el ambiente, o la salud, o la seguridad?
- ¿Generan ciertamente riesgo al ambiente?
- Las exposiciones a campos magnéticos provenientes de dichas instalaciones, ¿producen lesión manifiesta a la salud, a la vida, o al ambiente?
- La denominada corona electromagnética, ¿es potencialmente peligrosa, o más aún, dañina para la salud y el ambiente?
- La exposición a la radiación de radiofrecuencia a través de antenas de telecomunicación, ¿produce contaminación visual, sonora y electromagnética? -
- ¿Existen pruebas convincentes de los efectos nocivos de la radiación no ionizante?

El Tribunal por mayoría rechaza la demanda, en base a razones formales, mientras que la minoría disidente, deja sentado que la duda científica, da lugar al principio precautorio¹⁷¹ en tanto principio que ordena tomar todas las medidas necesarias a fin de detectar y evaluar el riesgo y eliminarlo y de no ser posible, reducirlo a su mínimo nivel¹⁷². Más allá de la admisión o no de la acción, los argumentos base de la sentencia resultan jurídicamente erróneos.

Lo que debía probarse en virtud del principio precautorio, era si esos efectos biológicos a la larga podían afectar la salud, y si debía aumentarse la distancia que separa las antenas emisoras y minimizar la exposición, hasta tanto se publicaran estudios científicos contundentes sobre la materia en cuestión¹⁷³

Hoy se ha avanzado en este tema y se exige determinadas distancias entre las antenas y los centros poblados.

Para operar este principio, deben darse determinadas condiciones, a saber:

- Situación de incertidumbre acerca del riesgo,
- Evaluación científica del riesgo,
- Perspectiva de un daño grave e irreversible,

¹⁷¹ Tribunal conformado por los Dres. María Esther Cafure de Battistelli, Berta Kaller Orchansky, Hugo Alfredo Lafranconi, Domingo Juan Sesin, Aída Lucía Teresa Tarditti, Luis Enrique Rubio, Juan Carlos Cafferata. V. CAFFERATTA, Néstor A. Introducción al Derecho Ambiental, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2004, p. 173; BERROS, María Valeria. Entramado precautorio Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina, Tesis Doctorado en Derecho-Mención Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional del Litoral, 2012 (<http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8080/tesis/bitstream/handle/11185/428/tesis.pdf?sequence=1>).

¹⁷² Comentario de CAFFERATTA, Néstor A. "Principio precautorio en un fallo del Tribunal Superior de Córdoba", en LL, C 2003-1200.

¹⁷³ Los criterios técnicos vigentes al momento de la acción, para fijar los máximos valores permitidos para la radiación, solo tomaban en cuenta los efectos térmicos, limitando la densidad de energía emitida por cada antena, hasta determinados niveles que están relacionados con las frecuencias de operación, y había numerosos estudios que demostraban que las modulaciones digitales podían interferir con delicados procesos biológicos, tales como la reproducción celular de las ondas cerebrales que por sí mismas involucran niveles de energía muy inferiores a los aceptados por la normativa actual. Además, la densidad de energía y el tiempo de exposición influyen notoriamente en esto, a mayor distancia del emisor menor riesgo, por ello en virtud del Principio Precautorio, debe aumentarse la distancia que separa las antenas emisoras y minimizar la exposición. Hoy la normativa exige una distancia determinada entre estas antenas y centros poblados.

- Proporcionalidad y transparencia en las medidas a tomar,
- Inversión de la carga de la prueba, quien quiere llevar adelante determinada actividad debe probar que la misma no es peligrosa para el medio ambiente¹⁷⁴.

El principio de precaución impone, en caso de duda científica razonable sobre la posibilidad de que determinada actividad pueda producir un daño grave o irreversible al medio ambiente, demorar, limitar o impedir transitoriamente la actividad propuesta hasta adquirir seguridades científicas sobre la existencia o no de tales peligros o sobre la capacidad de responder frente a la eventualidad de su existencia.

Es necesario percibir al principio de precaución en dos niveles profundamente diferenciados de situación:

- Cuando se teme que las actividades puedan causar daños graves, irreversibles y/o catastróficos al medio ambiente.
- Cuando se supone que las actividades pueden ser peligrosas para la conservación y preservación del medio ambiente.

En el primer caso, se impone la proscripción de la actividad hasta que se alcancen certidumbres que permitan adoptar previsiones capaces de neutralizar el peligro temido; en el segundo caso se requiere la adopción de medidas que permitan reducir al mínimo los eventuales efectos perjudiciales antes y después autorizar la actividad¹⁷⁵.

Frecuentemente, se confunde el Principio Precautorio con el Principio Preventivo, la diferencia sustancial radica en la certeza o no del riesgo que importa determinada actividad, es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar. Mientras la precaución obra frente al riesgo dudoso, incierto, la prevención lo hace frente al riesgo cierto.

No significa que pueda aplicarse en base a temores irracionales o percepciones tremendistas, la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, es un peligro abstracto, es decir, aquello que se puede temer sin poder ser evaluado en forma absoluta. La incertidumbre no exonera de responsabilidad; al contrario, ella la refuerza, al crear un deber de prudencia. Roberto Andorno, sostiene “El principio de precaución funciona cuando la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido aún científicamente comprobado de modo pleno”¹⁷⁶.

El principio de precaución tiene su origen en la concepción de “prudencia” ante lo incierto, lo desconocido, implica una actitud de reserva, consiste en una obligación por parte del sujeto decisor de agotar las vías para alcanzar las certezas necesarias en torno a la existencia o no del riesgo sospechado antes de autorizar una actividad y cubrir las seguridades básicas acordes al potencial riesgo dudoso afrontado; Implica una actitud de reserva, circunspección, previsión.

¹⁷⁴ ANDORNO, Roberto. “El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico en la era tecnológica”, LL, 18/07/2002. V. del mismo autor “Pautas para una correcta aplicación del principio precautorio”, J.A. 2003-III, p. 967.

¹⁷⁵DRNAS DE CLÉMENT, Z. El Principio de Precaución Ambiental - La Práctica Argentina, Lerner editora, pp. 11 a 52 (capítulo redactado por Zlata Drnas de Clément, preparado con la colaboración de la Ab. Gloria Rosenberg).

¹⁷⁶ ANDORNO Roberto. “El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico en la era tecnológica”, LL, 18/07/2002. V. del mismo autor “Pautas para una correcta aplicación del principio precautorio”, J.A. 2003-III, p. 29.

“La consagración del principio precautorio, lleva a la adopción de un enfoque de prudencia y vigilancia en la aplicación del Derecho Ambiental en conductas y actividades efectivas o potencialmente lesivas al medio en detrimento del enfoque de tolerancia”¹⁷⁷. Por ello, es necesario realizar una evaluación del riesgo, donde se debe

- identificar y caracterizar el peligro,
- evaluar y caracterizar el riesgo.

Luis Facciano, dice “El principio de precaución implica un cambio en la lógica jurídica ya que éste demanda un ejercicio activo de la duda. La lógica de la precaución no mira al riesgo, sino que se amplía a la incertidumbre, es decir, aquello que se puede temer sin poder ser evaluado en forma absoluta. La incertidumbre no exonera de responsabilidad; al contrario, ella la refuerza al crear un deber de prudencia”¹⁷⁸.

Es un principio estructural de base organizativa que influye sobre las cautelares, imponiendo formas atípicas de adopción, incrementa el deber de diligencia cuidado y vigilancia y la aplicación del principio de progresividad.

El surgimiento del principio ha implicado una verdadera revolución en las relaciones entre economía y medioambiente, como también, en los aspectos administrativos de la gestión pública y privada y sus responsabilidades.

El principio de precaución se considera principio eje para el logro del desarrollo sustentable, sostenible, durable. Su desconocimiento en grado extremo puede resultar letal para el planeta y el género humano.

Ante un tecnicismo formal, no se debe rechazar la acción, estamos en presencia de un daño no evaluable ni mensurable.

Los errores cometidos en este fallo, se han superado, y los jueces están recurriendo cada vez con más frecuentemente al Principio de Precaución al fundamentar sus sentencias, ejemplo de ello es lo que analizaremos en el próximo Fallo.

3.-Caso Cruz Felipa y otros

En el mes de abril de 2010, la señora Felipa Cruz y otros vecinos de la ciudad de Andalgalá, provincia de Catamarca, inician ante los Tribunales Federales una acción de Amparo Ambiental contra Minera Alumbreira Ltd. y solicitan la suspensión inmediata de la actividad minera en el establecimiento de Bajo de la Alumbreira y Bajo el Durazno, ambos situados dentro de su propiedad, hasta tanto se comprobara la filtración en el dique de colas y se acreditara la contratación de un seguro ambiental, tal como lo establece el art. 22 de la Ley General del Ambiente (LGA).

Tanto el juez de *Primera Instancia (Fiscalía)*, como la *Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán*, rechazan el planteo, por considerar que la medida cautelar solicitada coincidía con el objeto de la demanda y otorgarla importaba hacer lugar a la acción de fondo y la importancia de ésta ameritaba un análisis que no se podía lograr a través de una cautelar.

¹⁷⁷ MIRRA, Alvaro L. “Derecho Ambiental brasileño: el principio de precaución y su aplicación judicial”, Lexis Nexis J.A.del 17-9-2003, J.A. 2003-III-65 fascículo N°12.

¹⁷⁸ FACCIANO Luis A. “La agricultura transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000”, p. 247 y ss., en obra colectiva: Tercer Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario, publicado por el Instituto de Derecho Agrario del Colegio de Abogados de Rosario, febrero 2001.

Contra este pronunciamiento el Fiscal General Antonio Gustavo Gómez y la señora Felipa Cruz, interponen *Recurso Extraordinario Federal*, el que al ser rechazado habilitó la presentación de la queja *ante la CSJN*.

El 23 de febrero de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hizo lugar a la queja presentada¹⁷⁹. En el considerando 2º recuerda “Que los recurrentes sostienen que la resolución apelada les causa un gravamen concreto y actual de imposible reparación ulterior, pues al confirmar la sentencia de primera instancia en forma dogmática y sin considerar las constancias de la causa, torna ilusorios los principios precautorio y preventivo contenidos en el arto 4o de la ley 25675, y posibilita la profundización y extensión en el tiempo del daño ambiental durante el curso del proceso, cuya consecuencia es irreparable debido al agravamiento de dicha situación, todo ello en violación a lo establecido en los arts. 14, 17, 18, 28, 31 y 41 de la Constitución Nacional. Afirman asimismo que, al resolver del modo en que lo hizo, el tribunal *a quo* incurrió en arbitrariedad pues mediante una fundamentación meramente dogmática prescindió de la normativa aplicable y omitió valorar pruebas decisivas para la solución del pleito como el peritaje oficial, que demuestra el daño y la contaminación del medio ambiente alegados. Invocan, finalmente, la configuración de un supuesto de gravedad institucional, en tanto el tema excede el mero interés de las partes y afecta a un sector importante de la comunidad”.

La CSJN en el Considerando 3º expresa: “Que, en primer término, cabe recordar que 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, principio que -en casos como el presente- admite excepción 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. En ese sentido, no puede dejar de señalarse que, en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el arto 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, disidencia de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni). Es a la luz de estos principios -que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional (Fallos: 329: 3493, disidencia de los jueces Maqueda y Zaffaroni)- que deben entenderse las facultades que el arto 32 de la Ley General del Ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente con el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En 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 (Fallos: 333:748, disidencia de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni)”.

¹⁷⁹ V. file:///F:/16000008.pdf;

<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-cruz-felipa-otros-minera-alumbrera-limited-otro-sumarisimo-fa16000008-2016-02-23/123456789-800-0006-1ots-eupmocsollaf?>

En el Considerando 7º la CSJN expresa: “Que el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio, exige al juez considerar que todo aquel que cause daño ambiental es responsable de restablecer las cosas al estado anterior a su producción (art. 41 de la Constitución Nacional, art. 27 de la ley 25675 Y arto 263 del Código de Minería). En ese sentido, esta Corte ha sostenido que el reconocimiento de sta tus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 de la Constitución Nacional) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente (Fallos: 329:2316)” .

Concluye el fallo: “Por ello, se hace lugar a las quejas, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto (...) Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda)”.

En consecuencia, el Tribunal de origen dio por satisfechos los recaudos para la procedencia de la cautelar, verisimilitud en el derecho y peligro en la demora, que al no haberse tenido en cuenta el peritaje oficial realizado en la causa “Flores, Juana Rosalinda c/Minera Alumbreira”, que fuera aportado a la causa como prueba, no se ponderó la ocurrencia, gravedad y costo de los posibles daños, haciendo caso omiso del Principio Precautorio, en virtud del cual el juez debe hacer uso de las amplias facultades que le otorga el art. 32 de la LGA de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.

En base a estos lineamientos el Tribunal Federal de Tucumán resolvió, otorgar la medida cautelar y en consecuencia ordenar la suspensión inmediata de la actividad minera llevada a cabo en los yacimientos Bajo de la Alumbreira y Bajo el Durazno, a fin de realizar los informes periciales para demostrar la posible contaminación del ambiente y hasta que se acredite la contratación del seguro ambiental.

4.-Reflexión final

Hasta hace poco el ambiente no formaba parte de las preocupaciones ciudadanas, hoy es cada vez mayor la conciencia de que el planeta es vulnerable y agotable. El cuidado del ambiente no es un deseo o una imposición, es un derecho y -al mismo tiempo- una obligación. Una de las principales obligaciones humanas es el derecho a la vida, y preservar la calidad del ambiente significa ampliar la posibilidad de supervivencia.

El vertiginoso avance de la ciencia y la tecnología, si bien nos permite mejoras en nuestra forma de vida, provocan situaciones inciertas, falta de certeza sobre sus consecuencias futuras, ante riesgos inesperados cuestiones de índole económica de muy compleja resolución, que no podemos visualizar o prever y mucho menos prevenir

En este sentido el principio precautorio es uno de los pilares del derecho ambiental, y una herramienta vital para poder actuar en situaciones en que nos enfrentamos a un eventual daño ambiental (grave o irreversible) y que en virtud de la incertidumbre o la falta de información se torna dificultosa la toma de una decisión.

Es usual encontrarnos en situaciones de desconocimiento o incertidumbre frente a actividades antrópicas y sus efectos sobre el ambiente, muchas veces podemos prever ciertos efectos, pero no siempre tales previsiones son factibles, sea por falta de información, desconocimiento o simplemente imposibilidad científica, en otras ocasiones

la “certeza” llega tarde y el daño ambiental ha ocurrido y su recomposición o restablecimiento es de difícil o imposible cumplimiento. Aquí es donde interviene el principio precautorio como estrategia reguladora. Según Demetrio Loperena Rota, “el principio de precaución exige que, cuando una duda razonable surja en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales, se evite la misma, o se tomen las medidas para que ese eventual daño - científicamente no comprobado todavía - no llegue a producirse.” Es en dicho contexto que podemos argüir que el principio precautorio pretende tener carácter proactivo a diferencia de las tradicionales estrategias regulatorias reactivas (recomposición) aplicadas a riesgos individuales o particulares”¹⁸⁰. El principio de precaución consiste en una obligación por parte de la autoridad de agotar todas las vías necesarias para lograr las certezas sobre la existencia o no de riesgos, antes de la autorización de una actividad, de ese tipo y así poder cubrir la seguridad frente a la posibilidad de ocurrencia del riesgo.

Hoy debemos enfrentar la dicotomía que podría implicar coartar el desarrollo industrial, y tecnológico, en pos de mantener la incolumidad del medio ambiente, y el peligro de tomar medidas extremas que impliquen restringir cualquier actividad humana que pueda significar un riesgo potencial para el medio ambiente. Y es el derecho quien se debe asociar una vez más para asegurar la calidad y dignidad de la vida, preservando la seguridad.¹⁸¹

Por ser la justicia un principio ético de orden social, no debe limitarse a resolver un caso particular, debe tener en cuenta la proyección social de su impacto y garantizar los principios ambientales.

“No hay mejor reparación de un perjuicio que su propia evitación.”¹⁸²

El derecho de acceso a la justicia ambiental debe ser comprendido como un derecho autónomo que requiere una actitud comprometida, solidaria en su ejercicio, requiere de una comunidad activa, que conozca sus derechos y obligaciones ambientales (derecho-deber), que pueda y esté decidida a poner en marcha las acciones de amparo ambiental, tanto para proteger el ambiente, como para incidir en la toma de decisiones de las autoridades relacionadas a la materia.

El derecho ambiental, es un derecho medianamente nuevo, atípico, distinto a todos los demás, y no debidamente conocidos por un alto número de los abogados y magistrados. Los dos fallos comentados evidencian las contradicciones en la captación del principio de precaución que se encuentran entre los jueces. Ello torna necesario que los que imparten justicia alcance especialización normativa en la materia ambiental. Solo así, podrán alcanzar plenitud las normas y principios ambientales, los que en nuestra legislación muchas veces no se aplican o son mal interpretados.

¹⁸⁰ LOPERENA ROTA, Demetrio. *Lecciones*, Master Universidad del País Vasco, España, 1998, p. 2006 y ss.

¹⁸¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 242:501.

¹⁸² VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A. *Responsabilidad por daños (elementos)*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 235.

**EL PRINCIPIO PRECAUTORIO
EN LA LEGISLACIÓN SOBRE USO Y APLICACIÓN DE AGROQUÍMICOS
EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA¹⁸³**

*THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE
IN THE LEGISLATION ON THE USE AND APPLICATION OF AGROCHEMICALS
IN THE PROVINCE OF CÓRDOBA*

RAFAEL CONSIGLI¹⁸⁴
LAURA S. RENNELLA¹⁸⁵

Resumen: El presente trabajo se ocupa de las medidas precautorias establecidas para la actividad agrícola, en particular, las relativas a los agroquímicos. Refiere la normativa vigente y señala algunos casos jurisprudenciales en la Provincia de Córdoba.

Palabras-clave: Medidas precautorias – Provincia de Córdoba - Uso y aplicación de agroquímicos – Normativa – Jurisprudencia.

Abstract: The present work deals with the precautionary measures established for agricultural activity, in particular, those related to agrochemicals in the Province of Córdoba. It refers to the current regulations and points out some jurisprudential cases.

Keywords: Precautionary measures - Province of Córdoba - Use and application of agrochemicals - Regulations - Jurisprudence.

Sumario: 1. Introducción.- 2. Normativa vigente.- 3. El principio precautorio.- 4. Algunos ejemplos. 5. A modo de conclusión.-

Introducción

Desde hace unos años se viene observando cómo la actividad agrícola en general se encuentra en etapa de revisión con relación a determinadas prácticas y sistemas de cultivos, fundada principalmente en los efectos negativos reales o sospechados sobre la salud humana y el entorno. Entre estas prácticas se encuentra la utilización de agroquímicos que, si bien han influido notablemente en los incrementos de productividad agrícola de las últimas décadas, también hay que reconocer que se han cometido excesos e incorrecciones en su uso.

Si bien es cierto que son numerosos los requisitos que debe cumplir un producto para su aprobación -desde su descubrimiento hasta la autorización final para su comercialización-, el abanico normativo que regula esta actividad y el incremento del uso de agroquímicos en Argentina ha planteado diferentes escenarios de conflicto en relación al uso y modo de uso, los cuales comenzaron a ser llevados a la instancia jurisdiccional.

¹⁸³ Trabajo recibido el 14 de noviembre de 2017 y aprobado para su publicación el 5 de diciembre del mismo año.

¹⁸⁴ Ingeniero Agrónomo (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Comisario Jefe División Patrulla Ambiental de la Provincia de Córdoba (retirado el 31 de agosto de 2017). Docente Tutor en Seguridad Ambiental y Defensa Civil de la Licenciatura en Seguridad (Universidad Blas Pascal-Córdoba). Miembro Titular del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

¹⁸⁵ Abogada (UNC) Especialista en Derecho Ambiental, Urbanístico y Patrimonio Cultural (Universidad Nacional del Litoral). Magister en Derecho Ambiental (Université de Limoges-Francia). Especialista en Derecho y Economía de Cambio Climático (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales/FLACSO). Miembro Titular del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

Esta situación nos hace pensar en la denominada “sociedad del riesgo” de Ulrich Beck, el cual plantea el tránsito hacia una segunda modernidad en la que el conflicto ya no se centraría tanto en la distribución de la riqueza (característico de la primera modernidad), sino más bien en la distribución de riesgos, ubicándose el principio precautorio como una herramienta para la decisión sobre riesgos controvertidos de ineludible relevancia.

2.-Normativa vigente

En nuestro país la inscripción de un agroquímico -también llamado producto fitosanitario-, constituye un proceso científico, legal y administrativo, mediante el cual el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) examina distintos aspectos, como las propiedades físicas y químicas del producto, su eficacia, su capacidad potencial de producir efectos tóxicos sobre la salud de los seres humanos, los efectos medioambientales, el etiquetado y el embalaje. Previo a inscribir el producto, se debe tramitar la inscripción de la firma registrante, la que será responsable del producto ante el Registro Nacional de Terapéutica Vegetal.

Los productos fitosanitarios (principios activos y formulados) deben inscribirse en el Registro Nacional de Terapéutica Vegetal de acuerdo a lo establecido en los Decretos N° 3489/58 y 5769/59, y cumplir lo dispuesto en el Manual de Procedimientos para el Registro de Productos Fitosanitarios en la República Argentina (adoptado de la FAO por Resolución 350/99) que aprueba la venta y utilización, previa evaluación de datos científicos que demuestren que el producto es eficaz para el fin que se destina y no entraña riesgos a la salud y al ambiente.

El Certificado de Uso y Comercialización emitido como resultado del trámite de inscripción, autoriza a los productos a ser vendidos y usados en todo el Territorio Nacional. Los que se encuentran habitualmente en el mercado son los productos formulados. Los principios activos son aquellos que utilizan las plantas formuladoras para la elaboración de los productos formulados.

Los productos aprobados se identifican con un Número y Nombre Comercial. En la etiqueta deben constar las recomendaciones de uso: plaga que controla, dosis, momento de aplicación y período de carencia. Asimismo, se incluye la Clasificación toxicológica que corresponde a una banda de color (rojo, amarillo, azul o verde), una leyenda de peligro, pictogramas correspondientes, etc.

Clasificación Toxicológica de los Productos Fitosanitarios

CLASIFICACIÓN SEGÚN LOS RIESGOS	CLASIFICACIÓN DEL PELIGRO	COLOR DE LA BANDA	LEYENDA
CLASE I a Producto sumamente peligroso	MUY TÓXICO	ROJO	MUY TÓXICO
CLASE I b Producto muy peligroso	TÓXICO	ROJO	TÓXICO
CLASE II Producto moderadamente peligroso	NOCIVO	AMARILLO	NOCIVO
CLASE III Producto poco peligroso	CUIDADO	AZUL	CUIDADO
CLASE IV Producto que no ofrece peligro		VERDE	CUIDADO

De igual manera se incluyen en la etiqueta de los productos, las medidas de prevención generales, los riesgos ambientales, precauciones ambientales, el tratamiento de remanentes y envases vacíos, almacenamiento, acciones ante derrames, primeros auxilios, advertencias para el médico, consultas en caso de intoxicación, etc. (Resolución 816/06).



*-Transporte de Maquinaria Agrícola
Ley Prov. 8560 (Tránsito)*

-Transporte de productos

Resolución Nac. 195/97 Materiales peligrosos

Ley Prov. 10326 (art. 114) Documentación carga

Ley Prov. 9164: prohíbe transporte en forma conjunta con productos alimenticios, vestimenta, semillas, etc. que pudieran constituir riesgos

Ley Prov. 8560: Seguridad vial

Requisitos para la aplicación (establecidos por Ley Prov. 9164)

Receta Fitosanitaria

Habilitación del Operador

Registro de la Maquinaria Aplicadora

Requisitos para la aplicación de Productos Fitosanitarios (Ley Prov. 9164)

- **Receta Fitosanitaria**
- **Habilitación del Operador**
- **Registro de la Maquinaria Aplicadora**



3.El Principio Precautorio

El principio precautorio se integra en el ordenamiento jurídico argentino a través de la Ley n° 25675 de 2002 que fija la Política Ambiental Nacional, así como el repertorio de principios que la deben guiar en su artículo 4. *Allí se estipula que: “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 costes, para impedir la degradación del medio ambiente”.*

Retomando la idea que dicho principio se encuentra caracterizado como una herramienta para la toma de decisiones en materia de ambiente y salud, se puede observar en la Ley Provincial N° 9164 en su artículo 1° como objetivo “(...) *la protección de la salud humana y los recursos naturales de los daños que pudieren ocasionarse por usos contrarios a lo dispuesto por esta ley (...)*” y en su artículo 7°: “(...) *El Organismo de Aplicación publicará y mantendrá actualizada una clasificación de riesgo ambiental para los productos químicos o biológicos de uso agropecuario. Para la determinación de dicho riesgo ambiental no se utilizarán únicamente los valores de toxicidad y residualidad, sino que deberán considerarse también las propiedades referidas a*

volatilidad, capacidad de percolación a napas, selectividad, concentración de producto activo y tipo de formulación. Hasta tanto el Organismo de Aplicación pueda contar con la información necesaria a tal efecto, se considera vigente la clasificación ecotoxicológica reconocida por la Organización Mundial de la Salud”.

Esta última parte del articulado, vislumbra una de las preocupaciones subyacentes al principio de precaución:

1.-La de permitir la introducción de la ciencia en el ámbito de decisión de la esfera pública lo que permite constatar que se justifica en parte, ya sea por negligencia de la propia política que no orientó correctamente su experticio en el área antes de tomar posiciones, o no prestó suficiente atención a las señales de riesgo y a las alertas que hubieran podido evitar catástrofes. Y es en contra de esa realidad, que el principio precautorio se propone luchar.

2.-Por otra parte, el principio precautorio tampoco debe llevar a la exclusión de todo y cualquier riesgo para ello la jurisprudencia ha fijado dos condiciones: a) la elección a llevar a cabo no puede disociarse del principio de proporcionalidad, pues toda medida de precaución debe ser proporcional al riesgo sospechado, y el b) la obligación de la autoridad pública de aplicar el principio precautorio “en conjunto con las disposiciones” constantes de los textos pertinentes al producto o actividad de que se trate.

Es decir que la recepción por parte de este artículo del principio precautorio, expone la necesidad de focalizar la atención sobre problemáticas que requieren no solo de una profundización del conocimiento, sino de crear o recrear arenas institucionales adecuadas para la toma de decisiones en asuntos en que lo medular es “lo incierto”.

La exposición del andamiaje normativo vinculado a la temática agroquímicos permite una visión más preventiva que precautoria dado que, como se pudo ver, existen normas sectoriales, que son las que se ocupan de manera parcial de los múltiples temas relacionados con las hipótesis de riesgos como por ejemplo, en la ley N° 9164 con relación a la receta fitosanitaria, el registro de expendedores y aplicadores, el tratamiento de los envases, las medidas de fiscalización y control, la regulación de aspectos referidos al uso de los productos y sus condiciones de empleo, dentro de las cuales destacan las modalidades de aplicación de agroquímicos y las zonas en que se permite la cuestión del alejamiento/proximidad al agente de riesgo (zonas de exclusión) lo que, además, suele vincularse con las clasificaciones toxicológicas de las sustancias.



Este esquema netamente preventivo comienza no solo a ser analizado por diferentes actores sociales involucrados en esta problemática sino además, evidenciado en la judicialización de conflictos y las líneas argumentativas de jueces y tribunales, donde mayormente se intenta aplicar el principio de precaución para lograr o bien que se prohíban fumigaciones o que se invaliden argumentos tendientes a la declaración de inconstitucionalidad de normas locales restrictivas sobre el uso de agroquímicos.

4. Algunos ejemplos

En la causa “*Chañar Bonito S.A. c/ Municipalidad de Mendiolaza s/amparo*”, con resolución firme de fecha 18 de septiembre de 2007 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, se admite la acción de amparo incoada por la empresa por considerar sus intereses vulnerados ante la sanción de la Ordenanza n° 390 de 2004 de la localidad de Mendiolaza, que prohíbe no sólo el uso, sino también el tránsito, comercialización, distribución, fabricación, etc., de productos agroquímicos en su territorio.

El segundo asunto seleccionado resuelve sobre la constitucionalidad de una ordenanza local. Es “*Speedagro SRL c/ Comuna de Arequito s/ recurso contencioso-administrativo*” y ha sido sentenciado por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Rosario el 3 de octubre de 2011. En este caso, es la empresa “Speedagro” la que solicita se declare la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 9 de la Ordenanza N° 965/11 de la Comuna de Arequito. En esta norma se dispuso la prohibición total de uso de productos fitosanitarios de banda roja así como la utilización de algunos coadyuvantes.

En síntesis, en Argentina el principio precautorio ha tenido mayor trayectoria a nivel judicial que normativo, como inspiración de procedimientos y espacios institucionales no solo para la toma de decisiones sobre riesgos sino para el diseño y elaboración de una política de gestión del riesgo basada en herramientas propicias para tal fin. Bajo esta órbita, vemos cómo la transversalidad e interdisciplinariedad, son sumamente necesarias en el abordaje de hipótesis de precaución que se caracteriza por la existencia de una controversia científica que da lugar a posiciones divergentes y minoritarias.

5. A modo de conclusión

La exposición del andamiaje normativo en torno al tema agroquímicos, revela:

- a)-por un lado, un esquema más bien de naturaleza preventiva que subyace en los registros, en la clasificación de productos agroquímicos y aplicación en el territorio, el cual comienza a encontrarse con reclamos inspirados en el principio precautorio por otro tipo de estructuras y,
- b)-por otro lado, la necesidad de crear o rediseñar un sistema general de gestión de riesgos científico/tecnológicos, focalizando la atención sobre problemáticas que requieren no sólo de una profundización del conocimiento, sino de espacios institucionales adecuados para la toma de decisiones en asuntos en que lo medular es “lo incierto”.

Esto sin duda presenta un gran desafío para las esferas decisorias dada la necesidad de repensar procedimientos y estructuras estatales adecuadas para “situaciones de precaución” y cómo articularlo con el criterio de proporcionalidad, ya que en el plano jurisprudencial los planteamientos se limitan a la declaración de inconstitucionalidad de una norma o bien la limitación del uso de los agroquímicos.

Es decir, se hace necesario repensar cuál es el mejor nivel para la gestión de riesgos y el desafío de la coordinación e integración de este tipo de estrategias de gobierno en los diferentes niveles territoriales y su articulación con un proceso de apertura del debate sobre riesgos que, por su carácter colectivo, requieren de decisiones también construidas colectivamente.

EL PRINCIPIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA¹⁸⁶

THE PRINCIPLE OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

MARÍA ALEJANDRA STICCA¹⁸⁷

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar el principio del desarrollo sostenible a partir de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. En primer lugar, refiere la evolución del concepto desarrollo sostenible y, en segundo lugar, se detiene en dos casos jurisprudenciales.

Palabras clave: Principio de desarrollo sostenible – Jurisprudencia – Corte Internacional de Justicia.

Abstract: This article aims to analyze the principle of sustainable development based on the jurisprudence of the International Court of Justice. In the first place, refers to the evolution of the concept of sustainable development, and secondly, focus on two jurisprudential cases.

Keywords: Principle of sustainable development - Jurisprudence - International Court of Justice.

Sumario: 1. Evolución del concepto de desarrollo sostenible.- 2.-Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. 2.1. Caso Gabčíkovo-Nagymaros. 2.2.-Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay.- 3. Colofón.-

1.-Evolución del concepto de desarrollo sostenible

En diciembre de 1968 la *Asamblea General de las Naciones Unidas* por Res. 2398/XXIII convocó a una *Conferencia Internacional* a desarrollarse en Estocolmo en el año 1972. Asimismo, encomendó al Secretario General de las Naciones Unidas que relevara datos sobre la situación del medio ambiente en el mundo y que propusiera medidas de protección. Fruto de esa investigación se publica el *Informe* titulado “*El Hombre y su Medio Ambiente*” el cual enunció dos características propias de la idea de desarrollo sostenible: * *interdependencia ecológica espacial* e * *interés común de los países desarrollados y los en vía de desarrollo en preservar el medio humano*.

La *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano* se reunió en junio de 1972, en Estocolmo. En esa oportunidad se adoptó la *Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano* del 16 de junio de 1972. Esta Declaración está integrada por dos partes: la primera parte comprende siete proclamaciones y la segunda parte proclama veintiséis principios.

La *Declaración de Estocolmo* no se refiere expresamente al concepto de desarrollo sostenible, pero sienta las bases para su formulación. En la Proclamación 2 pone de manifiesto la estrecha relación que existe entre el desarrollo y la protección del medio ambiente: “(...) *la protección y el mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo*”

¹⁸⁶ Trabajo recibido el 2 de agosto de 2018 y aprobado para su publicación el 24 del mismo mes y año.

¹⁸⁷ Abogada (UNC). Licenciada en Relaciones Internacionales (Universidad Católica de Córdoba). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Magister en Cooperación Internacional al Desarrollo y Acción Humanitaria (Universidad Internacional de Andalucía - España). Prof. de Derecho Internacional Público en Facultad de Derecho (UNC) y en la UCES Sede San Francisco - Secretaria del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Coordinadora Académica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho (UNC). (Email: alesticca@gmail.com).

entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos”.

En el Principio 2 de la Declaración se recepta el concepto de *equidad intergeneracional* y se enuncian los elementos del *uso sostenible*: “Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, *deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras* mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.”

La *Asamblea General de Naciones Unidas*, en 1983, por Res. 38/161 constituyó la *Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, conducida por la Primera Ministra Noruega Gro Harlem Brundtland. Dicha Comisión elaboró el *Informe “Nuestro Futuro Común”* en 1987, conocido también como *Informe Brundtland*.

El Informe Brundtland tiene trascendental importancia porque *acuñó el término desarrollo sostenible*, y reunió los elementos esenciales del concepto: (...) *Es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Encierra en sí dos conceptos fundamentales:*

- el concepto de “necesidades”, en particular las necesidades esenciales de los pobres, a las que se debería otorgar prioridad preponderante;*
- la idea de limitaciones impuestas por la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras¹⁸⁸.*

El Informe se refiere al desarrollo sostenible como un *proceso*, es decir, un camino que la humanidad debe transitar a fin de alcanzar ese objetivo a largo plazo. Cabe consignar que no existe una fórmula única de desarrollo sostenible, debido a que las condiciones económicas, sociales y ambientales existentes en los Estados difieren enormemente de uno a otro.

El *Consejo de Administración del PNUMA*, en el Anexo II de la Decisión 15/2 de 1989, definió al *desarrollo sostenible (DS)* como aquel que “*permite atender las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades, lo que no entraña en modo alguno una usurpación de la soberanía nacional*”. El Consejo agregó que “para alcanzar el DS se necesita contar tanto con la colaboración dentro de los límites nacionales como con la colaboración internacional” y que ello “supone una marcha hacia la equidad nacional e internacional, incluida la asistencia a los países en desarrollo acorde con sus objetivos, prioridades y planes de desarrollo nacional”.

En diciembre de 1989, la *Asamblea General de las Naciones Unidas* adoptó la Res. 44/228 que llevó a la celebración de la *Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo* realizada en Río de Janeiro (Brasil) en el mes de junio de 1992, en la cual estuvieron representados Estados y Organizaciones No Gubernamentales además de agrupaciones ecologistas que participaron en el Foro Global 2000.

En la *Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo* se adoptaron una serie de instrumentos jurídicos: la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, la *Declaración sobre Ordenación, Conservación y Desarrollo Sostenible de los Bosques* y el *Programa 21*. En la misma oportunidad se abrieron a la firma la *Convención sobre Cambio Climático* y la *Convención sobre Diversidad Biológica* y se iniciaron las

¹⁸⁸ Nuestro Futuro Común, CMMAD, 1987, Cap. II, párrafo 1.

negociaciones para la futura adopción de una Convención para combatir la Desertificación.

En la misma Conferencia se decidió también la creación de una *Comisión para el Desarrollo Sostenible* (CDS), la cual fue finalmente establecida a instancia de la *Asamblea General de Naciones Unidas* como una comisión orgánica del *Consejo Económico y Social* (ECOSOC Res. 1993/207 del 12/2/93).

A partir de la *Declaración de Río de Janeiro* se consolida el concepto desarrollo sostenible¹⁸⁹. El punto de partida de esta nueva concepción lo da el Principio 1 de la Declaración al expresar: “Los *seres humanos* constituyen el *centro* de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.

La *Declaración* constituye la Carta Básica para la consecución del desarrollo sostenible y en ella están formulados los principios que deben inspirar la realización de ese objetivo vital para la Humanidad en los albores del siglo XXI.

El *Programa 21*¹⁹⁰ es un plan de acción, sin valor jurídico obligatorio, en pro del desarrollo mundial sostenible hasta entrado el siglo XXI.

Cabe destacar que el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) proclamó en setiembre de 2015 los Objetivos del Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (ODS)¹⁹¹.

2.-Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

2.1. Caso Gabčíkovo-Nagymaros

El caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, (Hungría /Eslovaquia) sometido a la CIJ, sentencia de fecha del 25 de setiembre de 1997¹⁹², pasará a la historia jurídica del Derecho del Medio

¹⁸⁹ Consultar *i.a.* SCHRIJVER, E.G. “The Evolution of sustainable development in International Law, 329, *Recueil des Cours* (2007) 217; PAVONI, R. y PISELLI D. “The Sustainable Development Goals and International Environmental Law: Normative Value and Challenges for Implementation”, 13 *Veredas do Direito* 13 (2016); RODRIGO, Ángel J. *El desafío del desarrollo sostenible. Los principios de Derecho internacional relativos al desarrollo sostenible*, Centro de Estudios Internacionales, Marcial Pons, 2015; BARRAL, V. “Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an evolutive legal norm”, *EJIL* (2012), vol. 23 N°2, 377-400; CAMPUSANO, R. “El concepto de desarrollo sustentable en la Jurisprudencia y en otras fuentes de Derecho Internacional”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XXII, 2002, 407 - 417; ROJAS AMANDI, V. “El Derecho Internacional del medio ambiente al inicio del Siglo XXI”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2002, vol. II, 335-371; BOYLE, A. “Derecho Internacional y desarrollo sustentable”, en *Revista de Estudios Internacionales*, Año 37 N°147 (octubre – diciembre 2004), 5-29; DRNAS, Z. “Concepto y elementos jurídicos del desarrollo sostenible”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 1998, 163-174, obtenible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdesarrollosostenible>; STICCA, M. A. *Derecho Internacional del Medio Ambiente* en <http://www.ocw.unc.edu.ar/facultad-de-derecho-y-ciencias-sociales/derecho-internacional-publico-catedra-c/actividades-y-materiales>

¹⁹⁰ Conocido también como Agenda 21.

¹⁹¹ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

¹⁹² En el momento de la firma del Tratado de 1977, las Partes eran la República Popular de Hungría y la República Socialista de Checoslovaquia, ambos países eran de corte socialista. El 1° de enero de 1993 la República Eslovaca se independizó y es uno de los dos países sucesores de Checoslovaquia, pero es el único sucesor en lo que respecta a derechos y obligaciones relativas al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros. En consecuencia, las partes ante la CIJ fueron Hungría y Eslovaquia.

Este caso surge de la firma, el 16 de setiembre de 1977, de un tratado “concerniente a la construcción y funcionamiento del Sistema de Represas Gabčíkovo-Nagymaros”, entre la República Popular Húngara y la República Popular Checoslovaca. El Tratado de 1977 entró en vigor el 30 de junio de 1978.

Dicho tratado dispone la construcción y funcionamiento de un Sistema de Represas por las Partes como una “inversión conjunta”. Según su Preámbulo, el sistema de barrera fue diseñado para conseguir “la

ambiente como un caso paradigmático ya que es la primera vez que el concepto de desarrollo sostenible fue considerado por la CIJ¹⁹³.

Cabe destacar que este es uno de los primeros diferendos en que interviene la Corte que tiene un trasfondo eminentemente ecológico.

extensa utilización de los recursos naturales de la Sección Bratislava-Budapest del río Danubio para el desarrollo de recursos de agua, energía, transporte, agricultura y otros sectores de la economía nacional de las Partes Contratantes”. La inversión conjunta estaba así esencialmente apuntada a la producción de hidroelectricidad, mejoras en la navegación en una sección relevante del Danubio y a la protección de las áreas a lo largo de las riberas contra inundaciones. Al mismo tiempo, según los términos del Tratado, las Partes Contratantes se comprometieron a asegurar que la calidad del agua en el Danubio no sería deteriorada como resultado del Proyecto, y que el acatamiento de las obligaciones para la protección de la naturaleza, que surjan en relación con la construcción y funcionamiento del Sistema de Represas, sería observado.

El artículo 1, párrafo 1 del Tratado de 1977 describe los trabajos principales a ser construidos en miras al logro del Proyecto. Este estipula la construcción de dos series de represas, una en Gabčíkovo (en territorio checoslovaco) y la otra en Nagymaros (en territorio húngaro), para constituir “un sistema de obras operacional único e indivisible”.

El artículo 1, párrafo 4, del Tratado estipula que las especificaciones técnicas concernientes al sistema serían incluidas en el “Plan Contractual Conjunto” que sería redactado en concordancia con el Acuerdo firmado por los dos gobiernos para dicho propósito el 6 de mayo de 1976.

Los trabajos en el Proyecto comenzaron en 1978. Por iniciativa de Hungría, las Partes suscribieron un Protocolo el 10 de octubre de 1983 para reducir la actividad y posponer la puesta en operaciones de las centrales de energía y luego, por el Protocolo suscripto el 6 de febrero de 1989 las Partes acordaron acelerar el Proyecto.

Como resultado de las intensas críticas que el Proyecto generó en Hungría, el Gobierno de dicho Estado decidió el 13 de mayo de 1989 suspender los trabajos en Nagymaros hasta la terminación de numerosos estudios que las autoridades competentes debían culminar antes del 31 de julio de 1989. El 21 de julio de 1989, el Gobierno Húngaro extendió la suspensión de los trabajos en Nagymaros hasta el 31 de octubre de 1989, y, además, suspendió los trabajos en Dunakiliti hasta la misma fecha. Por último, el 27 de octubre de 1989, Hungría decidió abandonar los trabajos en Nagymaros y mantener el *status quo* en Dunakiliti.

Durante este período, se llevaron a cabo negociaciones entre las partes. Checoslovaquia además comenzó a investigar soluciones alternativas. Una de ellas, “Variante C”, implicó la desviación unilateral del Danubio por parte de Checoslovaquia en su territorio unos 10 km río arriba de Dunakiliti.

El 23 de julio de 1991, el Gobierno checoslovaco decidió “comenzar, en setiembre de 1991, la construcción para poner en funcionamiento el Proyecto Gabčíkovo mediante solución provisional”. Dicha decisión fue apoyada por el Gobierno Federal Checoslovaco el 25 de julio. El trabajo en la Variante C comenzó en noviembre de 1991. Las discusiones continuaron entre ambas partes, pero sin ningún provecho, y, el 19 de mayo de 1992, el Gobierno Húngaro transmitió al Gobierno Checoslovaco una Nota Verbal dando por terminado el Tratado de 1977, con efectos a partir del 25 de mayo de 1992. El 15 de octubre de 1992, Checoslovaquia comenzó las obras para permitir que el Danubio pueda cerrarse y, comenzando el 23 de octubre, procedió a embalsar el río. El 1 de enero de 1993 Eslovaquia se convirtió en un Estado independiente, sucesor de Checoslovaquia. El 7 de abril de 1993 firmaron en Bruselas el “Acuerdo Especial para el Sometimiento a la Corte Internacional de Justicia de las Diferencias entre la República de Hungría y la República Eslovaca concerniente al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros”.

¹⁹³ Véase *i.a.* LEFEBER, R. “The Gabčíkovo – Nagymaros Project and the Law of State Responsibility”, en *Leiden Journal of International Law*, 1998, pp. 609-623; FITZMAURICE, M. “The Gabčíkovo – Nagymaros Case: The Law of Treaties”, en *Leiden Journal of International Law*, 1998, pp. 321-344; SCHWEBEL, S. “The Judgment of the International Court of Justice in the Case concerning the Gabčíkovo – Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)”, *Resolution of international water disputes, Papers Emanating from the Sixth PCA International Law Seminar, November 8, 2002*, Kluwer Law International, 2003, pp. 247-258; SOHNLE, J. “Irruption du droit international de l’environnement dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice – l’affaire relative au projet Gabčíkovo – Nagymaros ”; *RGDIP*, 1998/1, p 85-121; SABIA DE BARBERIS, G. *Temas de Derecho Internacional a la luz del caso Gabčíkovo – Nagymaros*, en *La evolución del Derecho Internacional a través de los organismos internacionales*, CARI, Bs.As., 2002, pp. 215 - 244; SABIA DE BARBERIS, G. *La protección del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*, Anuario Argentino de Derecho Internacional, XII, 2003, pp. 107 – 215; STICCA, M.A. *Elementos estructurales del estado de necesidad en Derecho Internacional Público*, Edit. Advocatus, 2018 obtenible en <http://www.acaderc.org.ar/elementos-estructurales-del-estado-de-necesidad-en-el-derecho-internacional-publico>

El alto Tribunal reconoce que las preocupaciones expresadas por Hungría sobre su medio ambiente en la región afectadas por el Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros constituyen un “interés esencial” de aquel Estado¹⁹⁴, dentro del significado dado a la expresión en el artículo 33 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI).

Debemos recordar que la Corte destacó en su Opinión Consultiva sobre la “Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares” de 1996, la gran importancia que atribuye al medio ambiente, no sólo para los Estados, sino que también para toda la humanidad. Así la Corte expresó “*el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa al espacio vivo, la calidad de vida y la salud misma de los seres humanos, incluyendo las generaciones aún no nacidas. (...)*”¹⁹⁵.

La CIJ se enfrentó por primera vez con el tema del balance entre la protección del medio ambiente y la necesidad de desarrollo económico en 1997 en el caso Gabčíkovo-Nagymaros.

El origen del caso se encuentra, como ya señalamos, en el tratado de 1977 entre Hungría y Checoslovaquia con la finalidad de construir y operar en conjunto un sistema de esclusas en el Río Danubio. Se estimó que una vez concluidas las construcciones, con ellas contribuirían sustantivamente al desarrollo económico de ambas partes. Pero al mismo tiempo el proyecto generaría una seria amenaza al medio ambiente local y es por ello que el artículo 15 del tratado requería que la calidad del agua del Danubio no fuera afectada por el proyecto. Adicionalmente el art. 19 del tratado disponía que “*las partes contratantes, de acuerdo con los medios especificados en el plan contractual conjunto, asegurarán el cumplimiento de las obligaciones de protección del medio ambiente relacionadas con la construcción y operación del sistema de esclusas fluviales*”.

En la sentencia la CIJ reconoció la existencia de normas ambientales como parte del cuerpo general del derecho internacional. La Corte instruyó a las partes a tomar en consideración el concepto de desarrollo sostenible que tanto Hungría como Eslovaquia estimaban que era aplicable al caso¹⁹⁶.

De lo sostenido por la CIJ se concluye que a) el hecho que se invoque el desarrollo sostenible indica que el término tiene una función en el derecho; b) que el desarrollo sostenible es, al momento de dictarse la sentencia, un concepto no un principio y c) como concepto tiene implicancias en los aspectos procedimentales (obligaciones de las partes de considerar/tomar en consideración las consecuencias ambientales del funcionamiento de la planta) y en los aspectos sustantivos (la obligación de resultado de garantizar que un volumen satisfactorio de agua para río principal y a los afluentes). La Corte no indica el contenido de los requerimientos procedimentales (no establece requisitos para una evaluación de impacto ambiental tampoco precisa cuándo el volumen de agua será satisfactorio) esto queda para acuerdo de partes.

Cabe señalar que, en los escritos presentados por las partes, ambas invocan como señalamos el “desarrollo sostenible” para justificar sus posiciones. Eslovaquia en la

¹⁹⁴ Véase VIÑUALES, J. “The contribution of the International Court of Justice to the development of International Environmental Law: a contemporary assessment”, 32 *Fordham Int’l LJ*, 2008-2009, 232-258. Obtenible en Heinonline.

¹⁹⁵ OC Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, Opinión Consultiva, CIJ, *Reports* 1996, pp. 241-242, párr. 29.

¹⁹⁶ Eslovaquia en la Contra Memoria párrafos 9.56 y ss. se refiere expresamente al *desarrollo sostenible* y Hungría en la Réplica párrafo 3.51: “*Well-established (...) operational concepts like “sustainable development” (...) help define, in particular cases, the basis upon which to assess the legality of actions such as the unilateral diversion of the Danube by Czechoslovakia and its continuation by Slovakia.*”

contestación de la demanda y Hungría en la réplica. Hungría se focalizó en el aspecto ambiental mientras que Eslovaquia en los elementos de desarrollo¹⁹⁷.

De este modo la CIJ pareció construir un puente / conciliar entre las preocupaciones ambientales y las de desarrollo económico y además proveyó una guía para el futuro acuerdo de partes.

No podemos dejar de referir a la posición del Juez Weeramantry¹⁹⁸, Vicepresidente de la CIJ, quien en su opinión separada elaboró ideas precisas sobre el rol del desarrollo sostenible en el Derecho Internacional. El Juez sostiene que el desarrollo sostenible es algo más que un concepto jurídico, pues se ha transformado en un principio del derecho es el que permite establecer un balance entre las consideraciones ambientales y las consideraciones de desarrollo económico. Como principio del derecho tendrá un rol clave en la resolución de futuros casos por parte de la Corte¹⁹⁹.

Consideramos que la opinión separada del Juez Weeramantry es iluminadora, por cuanto si bien estuvo de acuerdo con la posición de la mayoría, abordó aspectos del derecho ambiental muy relevantes, tal como el principio del desarrollo sostenible, en este punto radica la gran riqueza de su posición.

El Juez plantea que, ya que el principio del derecho al desarrollo y el principio de protección ambiental se encuentran fuertemente establecidos en el derecho internacional contemporáneo, si no existiera un principio que los pudiera armonizar significaría reconocer que el derecho tiene dos materias irreconciliables que no pueden armonizarse y esto es insostenible²⁰⁰.

2.2.-Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay

En el *caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay*, controversia entre Argentina y Uruguay resuelta por sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 20 de abril de 2010²⁰¹ ²⁰², se plantea abiertamente el dilema del desarrollo sostenible al enfrentarse las exigencias de desarrollo económico de uno de los Estados con los derechos de protección del medio ambiente y la salud del otro Estado frente a los riesgos de daño transfronterizo resultante de actividades industriales que afectan a un recurso natural compartido como es el caso del Río Uruguay, curso de agua internacional utilizado también para fines distintos de la navegación.

En su memoria del 4 de mayo de 2006 la República Argentina solicitó en la cuestión de fondo, que la Corte diga y juzgue que el Uruguay: *ha faltado a las obligaciones que le

¹⁹⁷ Consultar *i.a.* SANDS, Ph. "International Courts and the Application of the concept of Sustainable Development", en *Max Planck UNYB* 3 (1999), 390 - 405.

¹⁹⁸ Obtenible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-03-EN.pdf>

¹⁹⁹ "Hungary and Slovaquia agree that the principle of sustainable development, as formulated in the Brundlandt Report, the Rio Declaration and the Agenda 21 is applicable to this dispute. International law in the field of sustainable development is now sufficiently well established, and both parties appear to accept this."

²⁰⁰ El juez Weeramantry señala al respecto que "the untenability of the supposition that the law sanctions such a state of normative anarchy suffices to condemn a hypothesis that leads to so unsatisfactory a result." Posición separada Caso Gabcikovo-Nagymaros.

²⁰¹ Puede consultarse en <https://www.icj-cij.org/en/case/135/judgments>

²⁰² Consultar *i.a.* REY CARO, E. "El conflicto argentino-uruguayo sobre las "pasteras"" (papeleras) ante la Corte Internacional de Justicia" <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artelconflictoargentino>, HUMMER, W. y DRNAS, Z. "Problemas ambientales en el Río Uruguay. El caso de las pasteras (Argentina v. Uruguay)", <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artproblemasambientalesenelriouruguay>; DRNAS, Z. "Algunas consideraciones en torno al fallo de la CIJ sobre las pasteras uruguayas", *Revista de Derecho Ambiental*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2010 (obtenible también en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/algunas-consideraciones-en-torno-al-fallo-de-la>

incumben en virtud del Estatuto de 1975 y de otras reglas de derecho a las que el Estatuto reenvía, incluyendo pero no exclusivamente : a) La obligación de tomar todas las medidas necesarias para la utilización racional y óptima del río Uruguay; b) La obligación de informar a la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) y a la Argentina; c) La obligación de sujetarse a los procedimientos previstos por el Capítulo II del Estatuto de 1975; d)-La obligación de tomar todas las medidas necesarias para preservar el medio acuático e impedir la contaminación y la obligación de preservar la biodiversidad y las pesquerías, incluyendo la obligación de proceder a un estudio de impacto ambiental completo y objetivo; e) Las obligaciones de cooperación en materia de prevención de la contaminación y de la protección de la biodiversidad y de las pesquerías. En consecuencia: *por su comportamiento ha comprometido su responsabilidad frente a Argentina; *debe cesar en su comportamiento ilícito y respetar escrupulosamente en el futuro las obligaciones que le incumben; *debe reparar integralmente el perjuicio causado por el no respeto de las obligaciones internacionales que le incumben.

Por su parte, Uruguay en la Contramemoria del 20 de julio de 2007 solicitó a la Corte el rechazo de las peticiones argentinas en su totalidad.

Cabe señalar, que ambas partes refieren al desarrollo sostenible. Argentina alegaba que el Estatuto del Río Uruguay de 1975 debía ser interpretado y aplicado de conformidad con los diversos principios de derecho consuetudinario y con los tratados en vigor entre las partes a los que expresamente reenvían los arts. 1 y 41 del Estatuto. Argentina alegaba que según el art. 31.3 c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados la interpretación del Estatuto debía hacerse teniendo en cuenta toda norma pertinente de derecho Internacional aplicable entre las partes, como son los principios que gobiernan el derecho de los cursos de agua y los principios del derecho internacional relativos a la protección del medio ambiente. Muy interesante resulta la posición argentina planteada en su memoria, en especial párrafos 3.176 y siguientes en los que refiere a los principios del derecho ambiental aplicables a la controversia²⁰³. En su memoria recuerda lo resuelto por la Corte Permanente de Arbitraje del 24 de mayo 2005 en el *Caso Iron Rhine Railway* en el que afirma: “*The implication of that integration is that “environmental law and the law on development stand not as alternatives but as mutually reinforcing concepts.”* En cuanto a la posición de Uruguay se puede consultar el párrafo 152 de la sentencia.

La Corte en el para. 282.2. decisorio, dictaminó por once votos contra tres²⁰⁴ que la República Oriental de Uruguay no faltó a las obligaciones de fondo que le incumbían con arreglo a los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto del río Uruguay de 1975²⁰⁵.

Con esta sentencia -como expresaron dos de los jueces (Al-Khasawneh y Sima) en su Opinión Disidente conjunta²⁰⁶- la Corte Internacional de Justicia desperdició una oportunidad de oro para mostrar su capacidad de estar a la altura de los nuevos tiempos, los requerimientos del desarrollo sustentable y el difícil equilibrio entre protección ambiental - desarrollo económico y social²⁰⁷.

²⁰³ <https://www.icj-cij.org/files/case-related/135/15425.pdf>

²⁰⁴ Al Khasawneh, Simma, Vinuesa (juez ad hoc por Argentina).

²⁰⁵ Véase Parra. 282.2 de la sentencia.

²⁰⁶ <https://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-01-EN.pdf>

²⁰⁷ “(...) *The Court has interpreted its role in the present case extremely narrowly, since the 1975 Statute would have allowed it to take a forward-looking, prospective approach, engage in a comprehensive risk assessment and embrace a preventive rather than a compensatory logic. This logic has particular cogency in environmental disputes. The Court has failed to grasp the innovative and progressive character of the 1975 Statute. Neither has the Court drawn adequate conclusions from the link between procedural and substantive obligations. In sum, the Court has missed a golden opportunity to demonstrate its ability to approach scientifically complex disputes in a state-of-the-art manner.*”

Debemos destacar también la Opinión separada del Juez Cançado Trindade, quien destacó la importancia de los principios del derecho internacional ambiental aplicables al caso, en particular el principio del desarrollo sostenible. Especialmente nos interesa el último párrafo de su opinión que entendemos resume su posición sobre el tema: “220. *In sum, the applicable law in the present case of the Pulp Mills, is, in my understanding, not only the 1975 Statute of the River Uruguay, but the Statute together with the relevant general principles of law, encompassing the principles of International Environmental Law. These latter are, notably, the principles of prevention, of precaution, and of sustainable development with its temporal dimension, together with the long-term temporal dimension underlying inter-generational equity. The Hague Court, also known as the World Court, is not simply the International Court of Law, it is the International Court of Justice, and, as such, it cannot overlook principles*”²⁰⁸ (los resaltados nos pertenecen).

3.-Colofón

El desarrollo sostenible si bien es un concepto de larga data y que viene siendo receptado en sendos instrumentos internacionales con distinto valor jurídico y por gran parte de la doctrina internacional, como principio del derecho aún sigue siendo discutido, pues para algunos doctrinarios no ha encontrado su perfil definido.

La Corte Internacional de Justicia aún no lo ha receptado en ninguna sentencia, sólo lo han hecho algunos de sus jueces en opiniones separadas, lo cual demuestra que todavía la comunidad internacional no acepta unánimemente al desarrollo sostenible como principio que integra la protección del medio ambiente con las necesidades de desarrollo económico y social.

²⁰⁸ <https://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-04-EN.pdf> (ver especialmente párrafos 132 a 147) El resaltado corresponde al autor.

EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA AMBIENTAL²⁰⁹

THE PRINCIPLE OF PROGRESSIVENESS IN ENVIRONMENTAL MATTERS

JOSÉ ALBERTO ESAIN²¹⁰

Resumen: El presente trabajo, en primer término, se ocupa del rol de los principios en el ordenamiento jurídico argentino para luego centrarse en el principio de progresividad en materia ambiental, refiriendo normativa nacional e internacional y acompañando jurisprudencia esclarecedora.

Palabras-clave: Principios generales – Principio de progresividad ambiental – Normativa – Jurisprudencia.

Abstract: The present work, firstly, deals with the role of the principles in the Argentine legal system and then focuses on the principle of progressivity in environmental matters, referring to national and international regulations and accompanying enlightening jurisprudence.

Keywords: General principles - Principle of environmental progressivity - Regulations - Jurisprudence.

Sumario: 1. Introducción.- 2. Los principios de la Ley General del Ambiente como pautas de interpretación obligatoria de la hermenéutica ambiental argentina.- 3. Tipologías y relaciones entre principios.- 4. La progresividad como límite escalonado a los derechos individuales.- 5. El principio de progresividad ambiental.- 6. La progresividad como ejecución gradual de los límites del poder de policía ambiental.- 7. La progresividad como nivel estatal de protección de un derecho fundamental que no podrá ser disminuido sino aumentado.- 8. Contenidos materiales sobre la aplicabilidad del principio de progresividad.-

"Hemos llegado al momento del mundo finito, un mundo en el que todos estamos inevitablemente confinados; esto significa simplemente que ya no existe la naturaleza en el sentido clásico de la expresión, sino que, de ahora en adelante, la naturaleza estará en manos de los hombres. Esto significa también que el hombre ha vencido a su medio, pero se trata de una victoria sumamente peligrosa. Esto significa, por último, que ya no queda ningún oasis por descubrir, ninguna `nueva frontera' y que cada conquista de la naturaleza que concretemos en lo sucesivo, en realidad, en contra de nosotros mismos. El progreso ya no es más forzosamente compatible con la vida, no tenemos más derecho a la lógica del infinito; ésa es la gran ruptura epistemológica que simbolizará tal vez, a los ojos de los historiadores la `Cumbre de la Tierra' "

"Del medio ambiente", discurso inaugural de Boutros Boutros-Ghali en la inauguración de la Cumbre de la Tierra de Río 1992

*"¿Qué es el hombre en la naturaleza?
Una nada frente al infinito, un todo frente a la nada. Un medio entre todo y nada"*
Unamuno

"Necesitaba de la mediación de la serpiente; el mal puede seducir al hombre, pero no convertirse en hombre"
Friedrich Nietzsche

1.-Introducción

²⁰⁹ Trabajo aceptado para su publicación el 6 de agosto de 2018. (Ha sido publicado en www.jose-esain.com.ar;

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2414).

²¹⁰ Abogado. Master en Derecho Ambiental título otorgado por la Universidad del País Vasco, la Sociedad de Estudios Eusko Ikaskuntza y la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental. Miembro Correspondiente del Instituto de Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

En el presente artículo nos proponemos introducir en el debate los contenidos implicados por el principio de progresividad reglado por la Ley General del Ambiente 25675 (LA 2002-D-4836) (LGA en adelante) en su art. 4.

Para emprender el desarrollo del trabajo nos hemos propuesto primero dar una pequeña visión sobre los principios ambientales y su utilidad en esta disciplina, a efectos de entender el modo en que la progresividad podrá ser utilizada por el hermeneuta. Luego describiremos el principio de progresividad de manera concreta, desdoblándolo en dos: por un lado, una visión más conservadora, y por otro una más igualitaria. Finalmente ingresaremos en un análisis sobre instrumentos legales, y jurisprudenciales que aplicando el principio nos muestran el posible camino para ensanchar la discusión y enriquecer el círculo de conocimiento, alejados de contenidos formales e ingresando en el sector material.

2.-Los principios de la Ley General de Ambiente como pautas de interpretación obligatoria de la hermenéutica ambiental argentina

Para comprender sucintamente cuál es el funcionamiento de los principios del derecho ambiental, debemos -como primer paso- indagar sobre los principios rectores del derecho en el marco de la Teoría General. En esta línea de investigación verificamos qué se entiende por principio (del latín *principium*), aquella "norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de juristas y tribunales" y por rector (del latín *rector*) "lo que rige o gobierna". Por ende serán Principios Rectores los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justicia y la equidad social, atendiendo a la naturaleza de las cosas positivas o a directas indicaciones normativas (según si adoptamos una visión iusnaturalista o positivista).

Serán principios rectores generales por su naturaleza, pero subsidiarios por su función, ya que suplirán las lagunas de las fuentes formales del derecho.

Inscritos en una lógica sistémica y abrevando en la letra de los filósofos estructuralistas recordamos que el Todo es cualitativamente distinto a la sumatoria de las partes que lo componen y por lo tanto -tal como lo indica Loperena Rota- cualquier ordenamiento jurídico debe ser idóneo para inducir de él principios generales. En este sentido, los principios serán ideas directrices, que servirán como justificación racional de todo el ordenamiento jurídico; pautas generales de valoración jurídica; líneas fundamentales e informadoras de la organización del mismo. Desde ese lugar informarán las normas e inspirarán directa o indirectamente soluciones para los operadores jurídicos, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas leyes, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos.

García de Enterría nos enseña las diferentes "capacidades" que poseen los principios del derecho. Así enumera:

- una capacidad heurística que significa la posibilidad de resolver problemas interpretativos de las leyes y de los simples actos en vista de una solución;
- una capacidad inventiva que significa la posibilidad de organizar o descubrir combinaciones nuevas;
- otra capacidad organizativa que se explica como posibilidad de ordenar actos heterogéneos, cambiantes y hasta contradictorios de la vida jurídica;
- y finalmente una capacidad dinámica, la que le posibilitará a éstos prestar un servicio fundamental respecto de la innovación y evolución incesante del derecho.

3.-Tipologías y relaciones entre principios

Ahora, resulta imperioso saber que existen diferentes tipologías dentro de los principios rectores del derecho, las que se diferencian según la disciplina de la que ellos provengan. En este sentido tendremos Principios Generales del Derecho, los que deben ser diferenciados de los Principios Especiales que pertenecen a cada rama o disciplina particular. Los primeros rigen en todo el mundo jurídico y, por ende, se aplican a cualquier sector de él. Sin discutir sobre su naturaleza (si emergen del derecho positivo o del derecho natural) sólo basta constatarlos y advertir que muchos de ellos se confunden con valores jurídico-políticos (principio de justicia, de seguridad, etc.) de los que se desprenden luego subprincipios -también generales- como *pacta sunt servanda*, no enriquecimiento sin causa, buena fe, publicidad de las normas, lo no prohibido como permitido, etc. Bajo este nivel, nacen los principios específicos propios de cada disciplina jurídica: *nulla poena sine lege* en derecho penal; *in dubio pro operario* en derecho laboral; nadie debe ser obligado a declarar contra sí mismo en derecho penal, etc.

En este último escalón encontraremos los principios específicos de derecho ambiental; los que cumplirán un rol de integración y sistematización frente a la posible fragmentación que presenta una rama jurídica que se caracteriza por la transversalidad de su objeto y su *vis expansiva*. Desde allí, los principios serán orientativos de la gestión del operador de derecho ambiental, servirán de guía -por ser ideas fuerza- para la interpretación de la estructura global y sistémica; y sobre todo se presentarán como elementos aglutinantes frente a una disciplina que por definición se encuentra dispersa.

Es importante alertar que dentro de esta clase general denominada principios específicos de derecho ambiental, existen principios generales y principios sectoriales. Los primeros son aquellos que acabamos de identificar y que tienen por objeto evitar la dispersión, y lograr la unicidad, frente a la heterogeneidad. Los segundos, tributarios de los principios generales que serán de aplicación en todos los ámbitos sectoriales, surgirán en ámbitos particulares, derivados de subsistemas que integran las reglas especiales del derecho ambiental.

Pensemos por ejemplo en materia de residuos. Tendremos principios generales y principios específicos o sectoriales en materia de residuos. Entre los primeros aparecerá la prevención, que nos indicará que el énfasis deberá estar puesto en evitar que se produzca el daño con la introducción de residuos en el ambiente; principio contaminador-pagador que en nuestro sistema se encuentra dentro del principio de responsabilidad, el que implica que el responsable de los daños se deberá encargar de las acciones que eviten o prevengan el daño. Al mismo tiempo que tenemos éstos, aparecerán también otros principios especiales en materia de residuos: el principio de mayor aprovechamiento, que se completa con las ideas de reutilización, reciclado, recuperación, obtención de energía; o el principio de proximidad que impone el tratamiento de los residuos en el lugar más cercano al de la generación del desperdicio, evitando su transporte. Si el lector los observa con detenimiento verá que estamos ante principios específicos que surgen desde las ideas generales pues están todos imbricados, entrelazados entre sí.

Desde dicha lectura es que intentaremos describir el principio de progresividad. Lo haremos siempre dentro de la idea de autonomía del derecho ambiental. Es que, en nuestra tesis, esta disciplina reposa sobre una serie de principios jurídicos que encuentran su fundamento en la dispersión de la estructura a la que al mismo tiempo ellos moldean. Estos principios jurídicos representan las directivas y orientaciones generales en las que se funda el derecho ambiental y son su núcleo central esencial.

Esto deviene en normas de naturaleza ambivalente. Debemos recordar que cada regla jurídica de derecho ambiental siempre lo es al mismo tiempo de otra estructura. Por

ejemplo, las normas sobre responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva son derecho civil y ambiental al mismo tiempo; las normas sobre delitos con residuos peligrosos son derecho penal y derecho ambiental simultáneamente; las reglas sobre evaluación de impacto ambiental son derecho administrativo y derecho ambiental; el sector dedicado a los seguros ambientales es derecho comercial y ambiental; y así podríamos continuar la lista. Esta dispersión de contenidos, su expansión y la tentación de interpretar sus reglas con los elementos de la disciplina tributaria de la ambiental es lo que ha llevado necesariamente a reconocer directrices generales; unificadoras y orientativas. De este modo, el hermeneuta puede fácilmente entender los contenidos puestos al servicio de la voluntad del legislador.

Dicen Guillermo Malm Green y James W. Spensley respecto de los principios que "no son el resultado de construcciones teóricas, sino que nacen a partir de necesidades prácticas que, a su vez, han ido modificándose con el tiempo, transformándose en pautas rectoras de protección del medio ambiente".

No es casual que, en las principales normativas ambientales comparadas, sobre todo en las leyes marco que tienen por objeto aglutinar el contenido sectorial con vocación de síntesis, siempre existan sectores dedicados a describir los principios de la disciplina.

En nuestro país, es el legislador quien ha dedicado las grandes trazas del derecho ambiental nacional dentro de las reglas que contiene la Ley General del Ambiente. Allí hay principios que se muestran de manera expresa e implícita. Los primeros porque la propia ley 25675 trae un artículo con una nómina de principios obligatorios para todo el sistema ambiental argentino; los segundos porque el resto del texto de la ley 25675 se puede entender de igual manera, como mandatos a ser incluidos por operador jurídico en el contexto de las leyes sectoriales. Como el Dr. Jekyll y Mr. Hyde de Stevenson, tendremos una ley con artículos que son principios de interpretación y normas de efecto directo al mismo tiempo. Reglas de derecho que se visten según la ocasión. Muchos de los artículos de la ley 25675 se verifican como normas de efecto directo pues obligan y se deben aplicar desde su fecha de publicación (son de orden público), pero además son principios de interpretación del resto del sistema.

De todos modos, como acabamos de indicar, el núcleo central de la ley serán los principios del art. 4 que se presentan como las principales reglas rectoras de la hermenéutica ambiental argentina. Dispone el encabezado de dicho artículo 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". Tanto el resto de la LGA como las demás leyes nacionales, provinciales o municipales, generales y sectoriales, deberán informarse desde estos mandatos. Es que el legislador utiliza una fórmula muy amplia, con lo que el sistema en este aspecto se centraliza no sólo respecto de las leyes "formales" sino respecto de cualquier regla derivada de una autoridad "a través de la cual se ejecute la política ambiental".

En conclusión, estamos ante reglas que servirán para interpretar las normas federales ambientales generales o sectoriales de presupuestos mínimos, así como las provinciales, y municipales.

4.-La progresividad como límite escalonado a los derechos individuales

"La naturaleza del hombre es malvada; su bondad es cultura adquirida" (Simone de Beauvoir). Desde ese prisma abordamos el punto de conexión entre la actividad de policía y el derecho ambiental, el que se encuentra en que en muchos casos la actividad de los particulares puede tener incidencia sobre el entorno, y en esa medida puede estar sujeta a esa actividad limitadora de la Administración, que en este ámbito tendrá como finalidad,

como fin público, la defensa (en sentido polívoco de preservación y/ o restauración en su caso) del ambiente. En este marco las técnicas administrativas encaminadas al control y la prevención de la contaminación ambiental van a ser las técnicas generales que la administración emplea para la limitación de otras actividades particulares y deberán ajustarse a todos sus principios clásicos.

Martín Mateo sostiene que las medidas se pueden clasificar entre preventivas (autorización, establecimiento de estándares, regulación de las características de materias primas, homologación e imposición de niveles tecnológicos); y represivas (sanciones y medidas disuasorias, tasas, actividades de fomento).

Como vemos, el esquema dentro de este tipo de actuación de la administración es vasto, amplio y es este sector donde más se acerca la disciplina al derecho administrativo. Pero de toda la amplia gama de instrumentos de protección ambiental sobre los que actualmente se trabaja de manera fecunda y creativa, lo que interesa hoy son aquellas manifestaciones de determinadas potestades administrativas que persiguen mediante la actuación unilateral de la administración, el control de determinadas actividades de los administrados, limitando a los particulares en el ejercicio de las mismas, con el fin de lograr satisfacer el interés público que constituye la prevención y/o la restauración del medio ambiente, consagrado en el art. 41, CN. (LA 1995-A-26).

Esta actividad debe quedar clara, necesariamente debe cumplir los principios constitucionales del poder de policía: a) Legalidad; b) Razonabilidad; c) Igualdad; d) Proporcionalidad.

Una interpretación nos llevará a releer ambas disciplinas, y a verificar la relación que entre ellas existe, para luego orientar toda la cuestión de los límites a los derechos ya no sólo desde sino hacia la Constitución, origen y fin último de cualquier recorrido jurídico que emprendamos en nuestro derecho positivo vigente.

Decimos esto porque como ya lo adelantáramos no podemos pensar hoy en una "teoría" del poder de policía desde la añeja visión del acto restrictivo. Si lo que pretendemos es trabajar dentro del sistema vigente, deberemos partir desde los derechos y no desde el acto que los limita, y así nuestro primer paso siempre será acentuar el análisis en el sector dogmático de la Constitución Nacional y la teoría de los Derechos Humanos, para así luego, saliendo de allí, adentrarnos en los elementos del acto restrictivo. Por ello el análisis hoy es mucho más enriquecedor.

El nuevo enfoque obliga a repensar las estructuras. Antes, las cosas imposibles en derecho eran sólo mencionadas para ratificar su carácter extrajurídico. Se las mencionaba para sostener que ellas estaban fuera del tráfico jurídico. La posibilidad de alterar la biósfera era un hecho imposible en otra época, y por lo tanto estaba ajena al derecho. Hoy en día ese hecho es posible, y justamente de él trata el derecho ambiental. La intervención administrativa sobre la propiedad puede y debe garantizar el que no se cometan tales excesos. Este nuevo esquema se apoya sobre la vieja idea de límite al derecho. Creemos que esta figura deberá ser superada por futuros esquemas más novedosos, vinculadas con la *aggiornada* figura del abuso del derecho, trasvasada en esta fértil del límite al ejercicio de derechos individuales, en contraposición con la esfera de actuación de la comunidad. Hoy la actividad ambiental se centrará en colocar límites en el actuar de los seres humanos para impedir este tipo de consecuencias. En este contexto, los derechos de carácter individual serán limitados en su ejercicio por el influjo del nuevo sistema axiológico.

Creemos de todas maneras que éstos no serán el límite legal impuesto, sino que serán el círculo externo de los derechos individuales, a partir del cual la comunidad podrá establecer el contorno legal en sentido estricto hacia adentro. A esto se refiere la norma cuando habla de "utilización racional de los recursos naturales".

Con este encuadre aparece la progresividad.

Cuando el Estado decida ejercitar el poder de policía y limitar derechos de ciudadanos en pro de la protección del entorno, deberá necesariamente verificar el cumplimiento de los límites desde una impronta escalonada, gradual, ejecutada mediante metas interinas, y demorando las modificaciones drásticas. Esta es la primera aproximación que podemos dar al principio de progresividad, es el punto que el legislador ha trazado entre el ejercicio de los derechos individuales del art. 14, CN., hacia el art. 41, CN. pero con descanso en el art. 28, CN.

V.5.-El principio de progresividad ambiental

El principio de progresividad es definido por la ley 25675 en su art. 4 del siguiente modo: "Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos".

Dos caras de la misma moneda para la manda de progresividad:

- Por un lado, la progresividad implicará la obligación de adoptar soluciones graduales, y dejar de lado cortes drásticos en pro de la protección del entorno. Hemos visto que la protección del ambiente tiene como contrapartida la limitación de derechos individuales, y ella puede comportar una restricción de derechos individuales. La progresividad evita soluciones extremas que comporten la anulación del derecho individual.
- Por el otro, como pauta de interpretación y operatividad de un derecho fundamental, la progresividad implica que el esfuerzo hecho por el Estado en cuanto a la protección del ambiente no puede disminuir, sino que debe ser cada vez mayor, sobre todo a la sazón de las reglas derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN.).

Veamos la base axiológica de una y otra institución.

Dice en ese sentido Norberto Bobbio que la esencia de la distinción entre la derecha y la izquierda, o a partir de ahora, entre las derechas y las izquierdas (pues hay graduaciones en cada familia) es la diferente actitud que las dos partes -el pueblo de la derecha y el pueblo de la izquierda- muestran sistemáticamente frente a la idea de igualdad. Así se puede verificar que:

- a) aquellos que se declaran de izquierda dan mayor importancia en su conducta moral y en su iniciativa política a lo que convierte a los hombres en iguales, o a las formas de atenuar y reducir los factores de desigualdad;
- b) los que se declaran de derecha están convencidos de que las desigualdades son un dato ineliminable y que al fin y al cabo ni siquiera deben desear su eliminación.

El autor propone que el igualitario es quien tiende a atenuar las diferencias y no igualitario quien tiende a reforzarlas. De esta manera Bobbio se encarga de describir las tendencias que distinguen a los que postulan las que él denomina las cuatro fuertes posturas políticas ideológicas de hoy:

1. La extrema izquierda (jacobinismo) movimientos y doctrinas igualitarias y autoritarias;
2. El centro izquierda, socialismo liberal y la socialdemocracia. Movimientos a la vez liberales e igualitarios.

3. El centro derecha: partidos conservadores que son fieles al método democrático pero que se detienen en la formal igualdad ante la ley.
4. La extrema derecha (fascismo). En esta postura aparece el nazismo los movimientos y doctrinas antiliberales y a la vez anti-igualitarios.

En ese sentido la razón de ser de los derechos sociales como el derecho a la salud, al trabajo y a la educación tienen una razón de ser igualitaria. Los tres tienden a hacer menos grande la desigualdad, entre quien tiene y quien no tiene, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto de individuos más afortunados por nacimiento y condición social.

Entendemos que el reconocimiento de bienes colectivos como el ambiente, tiene una razón de ser igualitaria.

Cuando nuestra Constitución reconoce la existencia de bienes que sirven para satisfacer intereses que no tienen una titularidad individual, sino difuminada o extendida, en realidad lo que hace es permitir el acceso a esos bienes de todos los ciudadanos, en igualdad, sin distinción, sin permitir la apropiación exclusiva (patrimonialista en el sentido clásico).

Esto exalta más -en terminología de Bobbio- lo que convierte a los hombres en iguales respecto de lo que los convierte en desiguales; pues permite contraponer a las relaciones patrimoniales clásicas la existencia de bienes que no son susceptibles de apropiación privada. No necesitan ser bienes del Estado, o bienes del dominio público, sino que son bienes que sirven para la satisfacción de intereses colectivos respecto de los que los ciudadanos son titulares todos simultáneamente, a partir de pertenecer al colectivo que es el que detenta el interés aglutinado.

Si consideramos este esquema, en la primera de las dos visiones estaremos ante una noción conservadora, con menos tendencia a la igualdad que en la segunda. Es que si lo que se prioriza es la protección a derechos individuales, imponiendo restricciones a la nueva facultad de policía ambiental que hoy posee el Estado, estamos ante un principio que se mostrará con base conservadora; pues retrasa el desembarco del nuevo modelo colectivo de la sustentabilidad. No establecemos ninguna valoración, sino que pretendemos simplemente describir la lógica perseguida por una u otra forma y su base ideológica. En la balanza, se hace prevalecer el resguardo de derechos individuales sobre los colectivos.

Pero hoy, además de la primera versión de progresividad se impone pensar también en su contracara, un punto de vista más igualitario, que indica que el Estado no puede disminuir su esfuerzo protector. El esquema tiene tendencia a obligar a la administración a poner una mayor cantidad de personas en igualdad de condiciones en el disfrute de un derecho de incidencia colectiva.

6.-La progresividad como ejecución gradual de los límites del poder de policía ambiental

En esta primera versión de la progresividad estamos ante la existencia de normas que expresan limitaciones a derechos individuales a favor de la protección del ambiente pero que no se aplicarán sino de manera gradual. Ello implica el planteo de objetivos de máxima, para al final del camino, los que se alcanzarán de manera gradual y desde metas parciales.

Nos resulta sugerente e interesante esta forma, pues permite acomodar las estructuras añejas a los nuevos mandatos, haciendo menos traumático el desembarco de la disciplina. Por eso, este principio tuvo suma relevancia cuando la disciplina daba sus primeros pasos.

Era de mucho interés para los países industriales que las nuevas obligaciones de mutar sus sistemas energéticos, y de explotación de los recursos naturales no se hicieran "de un día para el otro". Desde ese punto, la progresividad permitía abordar planes y transformaciones a través de metas parciales, escalonadas, que razonablemente admitieran a la persona o empresa acomodar su estructura a los nuevos vientos sin tener que cerrar sus puertas por no estar cumpliendo las exigencias legales.

Para ello, el sistema jurídico utilizará el mecanismo de las leyes diferidas. Son normas dictadas en un determinado momento, que difieren su aplicación a un tiempo futuro dando un plazo razonable para que los particulares adapten sus conductas al nuevo esquema a ser aplicado. Ellas incluyen un período transitorio, en el que las actividades que se presentan ilegales para el nuevo sistema, no serán tenidas de ese modo, pues la ejecución de la norma se pospone para un futuro. De este modo la propia norma permite a los sujetos pasivos de la norma que durante un período de tiempo se adapten a la nueva legalidad.

Respecto a esta visión más conservadora, Néstor Cafferatta nos recuerda que en nuestra doctrina se destaca que este principio responde a las ideas de temporalidad, de involucramiento paulatino, de concientización, de adaptación.

Para dicho autor el principio de progresividad deriva en dos subprincipios:

- a) proporcionalidad: referido a la razonabilidad en los tiempos que insumen los cambios impuestos por la normativa, el equilibrio de medios y fines, la equidad, en suma, la viabilidad en el cumplimiento de las exigencias; y
- b) gradualidad, que también se extrae del Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre Medio Ambiente.

Nos recuerda Cafferatta que "la Ley de Protección del Medio Ambiente 7070 (LA 2000-B-2733) (B.O. del 27/1/2000), de la provincia de Salta, instituye este principio de gradualismo, por el que se reconoce que dadas las condiciones económicas y culturales de la provincia, la degradación de la calidad ambiental, no puede ser superada de un día para el otro, por lo tanto la autoridad pública y la sociedad civil deberán cooperar con las empresas públicas y privadas para implementar las medidas de control, contención y prevención del daño ambiental. El cambio debe ser incremental para permitir un gerenciamiento y manejos adaptativos".

En la estructura federal, progresividad implicará la obligación para las provincias y los municipios de no poder pensar en ejercitar sus poderes de policía de manera drástica. Será obligatorio ingresar este tipo de regla en el ejercicio que hagan de su potestad limitativa de derechos los gobiernos locales. Estamos ante una regla que impondrá la derogación de soluciones rápidas. Ella obliga a pensar en nuevos modos de ejecutar, con énfasis gradual, modos de alcanzar los objetivos.

7.- La progresividad como nivel estatal de protección de un derecho fundamental que no podrá ser disminuido sino aumentado

Tal como lo hemos expuesto la noción de progresividad desde el punto de vista más progresista implicará que el esfuerzo del Estado en pro de la protección del ambiente no puede ser disminuido con el paso del tiempo sino acentuado. Para ello deberemos partir de la noción de derecho al ambiente como derecho fundamental.

Al respecto, el antecedente más relevante en derecho comparado lo encontramos en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso "López Ostra".

El caso es que la Sra. Lorca vivía en la ciudad de Murcia, España, ciudad que posee una elevada concentración de industrias del cuero. Ellas y el Municipio realizaron la

construcción de una planta depuradora de agua y residuos sólidos a doce metros de la casa de la demandante y además sin estudio previo ambiental. Las autoridades locales a un año del funcionamiento ordenan la suspensión de una parte de las actividades -depuración de residuos químicos y orgánicos- pero autoriza la continuación de la actividad de depuración de aguas residuales. Los informes periciales y las testimoniales permitían a los magistrados percatarse de que aun con esta acotada actividad había peligro de afectación a la salud.

Para poder ingresar en el estudio de este caso el TEDH tuvo que entender que la pretensión respecto de las afecciones del ambiente representaba la protección de un derecho fundamental agredido. En esto radica la importancia de la sentencia que en los consid. 52 y 58 dejan en claro que estamos ante un derecho fundamental.

Para comprender la trascendencia de la misma transcribimos el consid. 51 que dice: "No obstante, va de suyo que algunos ataques graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del derecho al disfrute de su domicilio a través de un daño en su vida privada y familiar sin que, sin embargo, se ponga en grave peligro la salud del interesado".

"Tanto si, como lo desea la demandante, se aborda la cuestión bajo el ángulo de las obligaciones positivas de los Estados -adoptar las medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del individuo en virtud del párr. 1º del art. 8- como si se aprecia desde la perspectiva de las injerencias de las autoridades públicas en los términos del párr. 2º, los principios aplicables son muy parecidos. En ambos casos y a pesar del amplio margen de apreciación con que cuentan los Estados, ha de procurarse un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad. Además, incluso para las obligaciones positivas que resultan del párr. 1º, los objetivos enumerados en el párr. 2º pueden jugar un cierto papel en la búsqueda del deseable equilibrio entre el interés general y el derecho individual".

La sentencia considera el vivir en un ambiente sano como derecho fundamental. En ese contexto, progresividad implica que, las metas alcanzadas, los parámetros de protección que se han abrazado no se pueden dejar de lado, ni desconocerse. Ello genera dos consecuencias: a) las metas se cumplen gradualmente por los particulares y deben ser mantenidas, pero b) su contra cara es que las restricciones de policía impuestas por el Estado no pueden retrasarse o desconocerse. Año tras año se las debe aumentar.

Esto implica que las políticas del Estado en materia de protección ambiental deben ir mejorando, siendo con el correr de los días, las semanas más tuitivas.

Algunos ejemplos que podemos pensar rápidamente: no se podrá disminuir el territorio protegido por Parques Nacionales, o áreas naturales provinciales; no se deberán generar más políticas con menor limitación en la generación de residuos sólidos urbanos; no se podrán imponer menos restricciones sobre la explotación del suelo; no se deberán disminuir los límites graduales a las emisiones de gases que afectan capa de ozono o que provocan efecto invernadero; no se puede desandar el camino alcanzado.

La pregunta que surge es: ¿de dónde surge esta segunda interpretación del gradualismo? La respuesta es simple: del sistema internacional de protección de los derechos humanos que hoy posee jerarquía constitucional desde el párr. 2º, del art. 75, inc. 22 CN.

Al respecto debemos recordar que, concluida la denominada Segunda Guerra Mundial, tanto la Declaración Universal (LA 1994-B-1611) cuanto la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (LA 1994-B-1607), ambas de 1948 y con jerarquía constitucional, receptan derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Entre los pactos generales de derechos, se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (LA 1994-B-1639) con su Protocolo Facultativo y el Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (LA 1994-B-1633), aprobados en 1966. Los tres documentos, con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994, junto con la Declaración Universal, componen lo que se dio en llamar la Carta Internacional de Derechos Humanos. Varios de ellos con jerarquía constitucional y algunos con valor superior a las leyes.

Pues bien, en cuanto a las obligaciones asumidas por los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN.), el art. 21 establece: "Cada uno de los Estados parte en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

Dice Susana Albanese que de la expresión "se comprometen a adoptar medidas" surge una obligación inmediata. Una de las primeras medidas consiste en que el Estado parte emprenda una revisión a fondo de toda la legislación pertinente, "con miras a armonizar las leyes nacionales con las obligaciones jurídicas internacionales" (Centro de Derechos Humanos, Ginebra, n. 21, junio de 1994).

A su vez, los términos "por todos los medios apropiados" han sido objeto de una interpretación amplia. Además de medidas legislativas, pueden adoptarse otras de carácter administrativo, judicial, en materia económica, social o educativa. En este contexto, los Estados parte también tienen la obligación de elaborar políticas y fijar prioridades compatibles con el pacto, sobre la base de la situación en que se encuentren los derechos de que se trate.

Por otra parte, la expresión: "hasta el máximo de los recursos de que disponga" significa que los recursos, internos e internacionales, deben utilizarse para dar efectividad a cada uno de los derechos enunciados en el pacto. Se resalta que un aspecto importante para hacer realidad estas afirmaciones radica en admitir que los recursos disponibles deben ser equitativos y eficaces. La falta de recursos no puede en ningún caso justificar el incumplimiento de vigilar la falta de aplicación de los derechos consagrados en el pacto. En lo que respecta a los términos elegidos por la Convención: "para lograr progresivamente", se dice que se impone a los Estados "la obligación de avanzar con la mayor rapidez y eficacia posibles hacia la meta de la plena efectividad de todos los derechos mencionados en el Pacto", siendo necesario, una vez más, hacer un uso eficaz de los recursos disponibles para otorgar un efecto útil a los términos convencionales.

La citada autora destaca que -desde esta perspectiva- corresponde a efectos de implementar los derechos convencionales considerar los indicados principios. Según ellos un Estado falla cuando no dio el paso necesario que la Convención requiere, o cuando no remueve rápidamente un obstáculo para la realización de un derecho, o cuando deja de implementar el ejercicio de un derecho; asimismo, falla el Estado cuando no permite alcanzar un estándar mínimo generalmente aceptado de cumplimiento, o cuando aplica una limitación a un derecho reconocido en la Convención que no está de acuerdo con ella. También entran en esta indebida posición los Estados que provocan demoras o altos deliberados en la progresiva realización de un derecho, a menos que se esté actuando dentro de una limitación permitida por el Convenio o por la falta de recursos disponibles. Finalmente, falla un Estado parte al no someter los informes que le son requeridos de acuerdo con el Convenio (aprobado por un grupo de expertos en Maastricht, 26/6/1986, texto reproducido por Naciones Unidas en E/CN.4/1987, citado en doc. n. 22).

Citando a Nikken, la especialista nos dice que "los Estados asumen el compromiso de satisfacerlos [a los derechos económicos, sociales y culturales] `hasta el máximo de los

recursos disponibles' y, si esto es así, la realización de tales derechos representa una prioridad jurídicamente definida cuyo desconocimiento en la práctica es ilegítimo". Además, afirma que no puede verse "progresividad como un mecanismo para despojar de contenido cierto a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Se trata, por el contrario, de un concepto destinado a hacer cada vez más rigurosos los estándares de exigibilidad.

Estas medidas positivas deben ser aplicadas por todos y cualesquiera de los órganos que componen el Estado, de acuerdo con principios básicos del derecho de los derechos humanos, teniendo en cuenta que circunstancias excepcionales merecen medidas excepcionales en beneficio de los grupos vulnerables de la sociedad.

En materia ambiental como acabamos de ver, este principio de progresividad ha sido receptado en Ley General del Ambiente 25675 en su art. 4. Toma este artículo un principio que había sido ampliamente desarrollado en materia de derechos humanos por los referidos instrumentos internacionales. Desde ese núcleo de esencial interpretación para el operador jurídico, el Estado debe paulatinamente ir removiendo los obstáculos que no permiten el goce del derecho a vivir en un ambiente sano.

La contracara nos dice que el cambio sea gradual, no abrupto, pues los derechos individuales afectados por las políticas ambientales no pueden ser limitados de modo abrupto. Esto es evidente y tiene que ver con la naturaleza propia de este derecho. Pero progresividad implica también que los objetivos y metas alcanzados en la protección del derecho no pueden ser luego sacrificados y reducidos. Esto implica que, una vez lograda una meta, ésta no puede volverse para atrás. El Estado no puede dejar de proteger lo que antes ha hecho porque de lo contrario se estaría preservando menos y reduciendo el círculo definido como perteneciente al derecho fundamental. El Estado debe ir comprometiendo cada vez más recursos para el logro del goce efectivo del derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado.

Gabriela García Minella nos explica que "El derecho a un ambiente sano, como integrante del derecho de los derechos humanos se nutre de los principios que informan a éstos. Siendo un derecho imperativo por naturaleza, los principios generales que lo informan adquieren un rango y alcance que no poseen los del derecho internacional común". Así podemos citar los siguientes principios: universalidad, inherencia, indivisibilidad, interdependencia, universalidad, irreversibilidad y progresividad.

Nos indica la autora que desandar el camino recorrido, implica desconocer el derecho consagrado, violentando el principio de progresividad, así como el de irreversibilidad. Esto último implica "(...) que, una vez que un derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada".

Al momento de votar en la OC-4/84, del 19/1/1984, el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Piza Escalante, dijo "(...) invoco como de particular importancia, en primer lugar, el principio de que los derechos humanos son, además exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcance de las propias normas interpretadas en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, a mi juicio convertida en derecho legislado por los arts. 2 y 26 de la Convención Americana (LA 1994-B-1615), entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero para los derechos; el segundo, en función de los llamados derechos económicos, sociales y culturales (...)".

Concluye la autora: "También merece tratamiento, la regla de progresividad, aunque observada desde las indicaciones de la Ley General del Ambiente. Así, específicamente se dispone en tal texto legal que los objetivos ambientales que el Estado imponga, deben

ser logrados en forma gradual, a través de metas que se irán realizando en el tiempo y que permitirán la adecuación de las actividades a los objetivos trazados".

En la estructura de federalismo ambiental argentino este principio desembarca con capital incidencia. El mismo se deberá traspasar a todos los ámbitos o comunidades jurídicas parciales.

Después de haber sido reglado en la ley 25675 el principio de progresividad resulta ser obligatorio para cada norma o plan o sentencia, sea el conflicto nacional, provincial o municipal, sectorial o general. Hoy se deberá pensar en sistemas de ajuste gradual, reglas de aplicación diferida, sistemas transitorios, esté o no previsto expresamente en dichos ámbitos normativos, pues basta la directriz establecida en la norma general de presupuestos mínimos.

8.- Contenidos materiales sobre la aplicabilidad del principio de progresividad

Para verificar cómo ha desembarcado este principio en los ámbitos materiales, traemos como ejemplo una norma local, lo que ilustra cómo la estructura federal argentina se enriquece desde estas mandas. Es la reciente ley 13592 (LA 2007-A-858) de la provincia de Buenos Aires sobre Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos, complementaria de la ley nacional 25916 (LA 2004-C-3274) de presupuestos mínimos en materia de residuos sólidos urbanos. Ella hace efectiva varios principios generales de la LGA, pero sobre todo el de progresividad, en sus dos vertientes. Al respecto dispone entre los mandatos generales incluidos en su art. 3: "Constituyen principios y conceptos básicos sobre los que se funda la política de la gestión integral de residuos sólidos urbanos: (...) 2) Los principios de responsabilidad compartida que implican solidaridad, cooperación, congruencia y progresividad". Luego en el art. 4: "Constituyen objetivos de política ambiental en materia de residuos sólidos urbanos: 1) Incorporar paulatinamente en la disposición inicial la separación en origen, la valorización, la reutilización y el reciclaje en la gestión integral por parte de todos los municipios de la provincia de Buenos Aires; 2) Minimizar la generación de residuos, de acuerdo con las metas que se establezcan en la presente ley y en su reglamentación (...); 4) Incorporar tecnologías y procesos ambientalmente aptos y adecuados a la realidad local y regional".

Esa declaración iniciática luego es atrapada en la mecanización que el legislador local previó para los planes municipales de gestión de residuos. El principio de progresividad riega ese título denominado competencia de los municipios, que dice en el art. 6: "En cumplimiento del objetivo del art. 1, y en atención a la importancia de la gestión integral de residuos sólidos urbanos, todos los municipios bonaerenses deben presentar a la Autoridad Ambiental Provincial un Programa de Gestión Integral de residuos sólidos urbanos conforme a los términos de la presente ley y la ley nacional 25916. Dicho programa debe ser elevado en un lapso no mayor a seis meses de la entrada en vigor de ésta, inclusive los comprendidos actualmente por el decreto ley 9111/1978, los que sólo están exceptuados de cumplir con lo prescripto por esta norma en lo referido a la fase de disposición final, presentación que deberá efectuar la Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE).

"En caso de que los municipios incumplan con la presentación del Programa Gestión Integral de residuos sólidos urbanos dentro del plazo establecido, la Autoridad Ambiental podrá determinar y establecer el programa de gestión integral de residuos sólidos urbanos que corresponda aplicar a tales municipios.

"Asimismo, la CEAMSE deberá presentar un plan de gestión referido a la disposición final de residuos para los municipios comprendidos en el art. 2, decreto ley 9111/1978 y aquellos que hayan suscripto o suscriban Convenios con el mismo, de conformidad con

lo establecido en el art. 67, ley 11723 (LA 1996-A-757). "Estos planes deberán contemplar la existencia de circuitos informales de recolección y recuperación con el fin de incorporarlos al sistema de gestión integral". "Establécese que a partir de la aprobación de cada uno de los programas de cada municipio, estos tendrán un plazo de cinco años para que las distintas jurisdicciones alcancen una reducción del 30% de la totalidad de los residuos con destino a la disposición final, comenzando en el primer año con una campaña de concientización, para continuar con una progresión del 10% para el segundo año y efectuando obligatoriamente la separación en origen como mínimo en dos fracciones de residuos, 20% para el tercer año y el 30% para el quinto año; siendo política de estado tender a profundizar en los años siguientes los porcentajes establecidos precedentemente. "Los incumplimientos al término del plazo fijado serán sancionados de acuerdo con la reglamentación de la presente".

Hemos verificado en este ejemplo el desembarco de reglas de presupuestos mínimos en los ámbitos provinciales, pero incluso aplicables a los municipios. Está claro que la adaptación de las administraciones locales a las nuevas mandas que se irradian desde la ley 25916, y que luego se impone la norma complementaria provincial son graduales, pero "sin vuelta atrás". Los porcentajes de 30% en cinco años, empezando con una campaña en el primero, un 10% en el segundo año, un 20% en el tercero y un 30% en el quinto resultan ser objetivos graduales, pero sin retorno. Los avances alcanzados y los esfuerzos puestos por el Estado no pueden luego ser disminuidos.

Pero no sólo el legislador nos sirve para verificar la aplicación del principio. La jurisprudencia ha tomado la progresividad para analizar políticas públicas nacionales inter e intra federales y locales. Esto lo hace operativo como presupuesto mínimo y como pauta obligatoria de interpretación en todos los ámbitos de la estructura federal nacional.

Provocativa ha sido la forma en que la Corte Suprema en autos "Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)" ha hecho operativas las mandas del legislador respecto de la política pública en relación al conflicto por la contaminación del riachuelo. Cobra mayor relevancia aún la resolución cuando observamos que el estándar "recordado" por el alto tribunal y con origen en el legislador, se impone para una gestión que la propia resolución ordena sea concertada entre tres jurisdicciones: la Nación, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la provincia de Buenos Aires, sumándole la intervención del órgano de concertación ambiental por excelencia: el COFEMA, pero gradual.

Dice en su parte pertinente la resolución del 20/6/2006: "V. Requerir al Estado Nacional, a la provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al COFEMA para que en el plazo de treinta días y en los términos de la ley 25675 (LA 2002-D-4836): "Presenten un plan integrado (art. 5: Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley basado en el principio de progresividad (art. 4) el que prevé que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal. Dicho plan deberá contemplar:

- "1. Un ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8, 9 y 10).
- "2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (art. 10) `teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas,

garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y, promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable'.

"3. Estudio de impacto ambiental de las 44 empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata.

"4. Un programa de educación ambiental (art. 14: La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población).

"5. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada (art. 16: 'Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada') (art. 18: 'Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, laborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional'').

Estamos evidentemente ante la más alta efectivización práctica del principio de progresividad en dicha causa en la que se han evitado drásticas soluciones, pero donde la firmeza de los mandatos de la Corte ha cobrado cada vez mayor trascendencia. Es en una causa judicial, la que tiene origen en el Tribunal Superior de la Nación. En ella se hace carne el desembarco del principio que hoy desarrollamos, pero al punto que -detalle a observar- los ministros lo citan -junto a la manda de integración- como el principio más importante para moldear el instrumento.

Es el calificativo el que define el contenido formal y sustancial de la política en su fase primaria. Luego en el marco de las audiencias públicas de presentación del plan en el marco judicial, se pudo observar cómo mucha de la energía que se había puesto por el gobierno se había destinado a evaluar gradualmente la manera en que se ejecutaban las metas evitando soluciones que trajeran problemas sociales por ejemplo. Quizá el déficit haya sido la escasísima concertación previa y posterior para la celebración del plan así como para la generación de la Autoridad de Cuenca, pero si algo ha tenido de interesante el mismo es su gradualidad, quizá demasiado laxa y con plazos excesivamente largos. Pero de todos modos, si observamos el modo en que la Corte Suprema se ha comportado recientemente en el caso "Mendoza, Beatriz v. Gobierno Nacional" notaremos que allí el Poder Judicial impone que las lentas metas alcanzadas por el plan no pueden ser detraídas. Esto impone que los contenidos que necesariamente el administrador deberá considerar adopten elementos de progresividad.

Tomemos como ejemplo el caso "Werneke". En ese lugar, la Cámara Federal de Bahía Blanca ha utilizado de manera implícita el principio de progresividad aplicado a las políticas provinciales relacionadas con áreas naturales, ya que se ha entendido -explica García Minella- que la ley 13366 vulnera, según la interpretación que hace la autora con la que coincidimos plenamente, "el principio de progresividad consagrado constitucionalmente (arts. 41 y 75, inc. 22, CN.; y 2, CADH.), pues el estatus de reserva

otorgado al área de San Blas no puede retrotraerse una vez reconocido. Tal actitud de inadmisibles retrocesos asumida por el Estado provincial, da por tierra el grado de tutela alcanzada con relación a la biodiversidad de la zona; y las metas y objetivos impuestos progresivamente a la actividad pesquera en función del resguardo del recurso (art. 4, ley 25675)".

Otro caso en que se ha aplicado la manda de progresividad ha sido el del conflicto por los ruidos de las autopistas, en autos "Barragán". El caso es que Pedro J. Barragán es vecino de la Ciudad de Buenos Aires, y vive con su familia en un departamento a escasos metros de la Autopista 25 de Mayo (AU 1) cuya concesión es explotada por la empresa Autopistas Urbanas S.A. (AUSA) dependiente del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Por dicha vía transitan más de 170.000 vehículos de todo tipo que producen elevados niveles de ruido. Pedro Barragán interpone el día 27/8/2001 un recurso de amparo ante la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria (CayT) de la Ciudad de Buenos Aires, contra el gobierno y la empresa Autopistas S.A. (AUSA) para que se disminuya el nivel de ruidos y se controlen las emisiones. La respuesta a esto fue que el Dr. Andrés Gallardo, titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo n. 2 de la Ciudad de Buenos Aires, como paso previo para integrar la *litis* realizó una amplia convocatoria ciudadana. Llamó por edictos, radio y demás medios de difusión tanto a los vecinos de los domicilios lindantes o aledaños a la autopista, afectados por la contaminación, como a las asociaciones u organizaciones no gubernamentales que tuvieran algún tipo de interés para integrarse a la *litis*. Como vemos ya en este punto el caso poseía relevancia. Pero el gobierno de la ciudad consideró que este acto importaba instigación a los ciudadanos a demandar, criterio que fue convalidado por la Cámara de Apelaciones, resolviéndose favorablemente la recusación planteada y pasando los autos al Juzgado de primera instancia n. 3. Este juzgado sentenció haciendo lugar a la demanda, resolución que fuera apelada y que diera lugar a la sentencia de la Cámara de Apelaciones hoy en comentario.

Ya en la sentencia de primera instancia se había hecho expresa mención a dicho principio a efectos de evaluar la política de una prestadora de servicio público -la empresa AUSA- donde se analiza la manera en que una actividad clandestina se debe adaptar a los nuevos mandatos de sustentabilidad de nuestra constitución. En ese contexto la justicia utiliza la progresividad para evitar decisiones drásticas.

Dice la resolución de primera instancia en su parte pertinente: "Ahora bien, verificada la afectación del derecho constitucional a un ambiente sano, y la omisión de adoptar medidas adecuadas por parte de las codemandadas, corresponde determinar la conducta a cumplir por estas últimas (art. 12, inc. b, ley 16986 [ALJA 1967-A-500]). La cuestión presenta sus complejidades, ya que existe una variedad de medidas a adoptar a fin de mitigar los daños ambientales a que se refiere el amparista. Por otra parte, la elección de medios para alcanzar un fin -que, en el caso, es la preservación del ambiente urbano, determinado por una norma constitucional (art. 26, CCABA.)- es, en principio, resorte del legislador o de la Administración, sin perjuicio del control de razonabilidad que se efectúa en sede judicial. Es que, como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la tarea de los tribunales radica en examinar si los medios elegidos son o no proporcionados a los fines que el legislador (en el *sub discussio*, el constituyente) se propuso (doct. de Fallos 242:121). Cuando no se ha elegido ningún medio (pues no se ha adoptado ninguna medida con atingencia a la problemática debatida en autos), es evidente que se incurre en una omisión inconstitucional que debe cesar. Ahora bien, el cese de dicha omisión puede lograrse imponiendo a las codemandadas una determinada conducta a cumplir cuando se encuentra acreditado que dicha conducta es la alternativa más razonable. Cuando, como en el *sub lite*, existen una variedad de alternativas, estimo

prudente -a falta de otra prueba que se hubiera producido en autos- dejar su elección a criterio de las autoridades administrativas codemandadas. Ello, sin perjuicio de que, en la etapa de ejecución se pueda controlar la razonabilidad de la elección que éstas hagan. Este temperamento se justifica atento a las particularidades de esta materia y la posibilidad de llevar a cabo diferentes alternativas para asegurar la protección del ambiente. En tal sentido, la decisión que aquí se adopta tiene como fin hacer cesar la omisión, aunque dejando en manos de las codemandadas la adopción de los medios para alcanzar los fines queridos por el constituyente (en el caso, la preservación o la recuperación de un ambiente sano y apto para el desarrollo humano), sin perjuicio del control judicial que se haga sobre los medios elegidos. Cabe recordar que en esta materia rige el principio de progresividad, conforme al cual los objetivos deben ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos" (art. 4, ley 25675) (expte. n. EXP 3059/0 - "Barragán, José P. v. GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA.)" Ciudad de Buenos Aires, 2/3/2003).

Luego la Cámara explica respecto de la progresividad: "Los ruidos generados por el flujo vehicular no deben ser susceptibles de afectar el derecho a la salud, aquí entendido como ruido susceptible de causar un déficit auditivo, de acuerdo con las pautas internacionales antes indicadas que, cabe recordarlo, no son las establecidas por la legislación de un Estado extranjero, sino las fijadas por la organización internacional dedicada exclusivamente a la salud. Además, hay que tener en cuenta, en este punto, el principio de progresividad".

PASIVOS AMBIENTALES DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS Y PRINCIPIO DE EQUIDAD INTER E INTRA GENERACIONAL²¹¹

ENVIRONMENTAL PASSIVES OF SOLID URBAN WASTE AND PRINCIPLE OF EQUITY INTER AND INTRA GENERACIONAL

GEORGINA DORONI²¹²

Resumen: Las principales ciudades de Argentina han visto la proliferación de pasivos ambientales, con alto riesgo para el ambiente y la salud pública. Entre los casos más frecuentes de pasivos ambientales se destacan los vertederos de residuos sólidos urbanos (RSU), siendo una problemática que se manifiesta a nivel nacional como local, que alcanza a cada Provincia y Municipio. La existencia de pasivos ambientales de vertederos de RSU genera un problema social y ambiental, que debe ser abordado desde una mirada inter e intra generacional, sobre todo teniendo en cuenta que la problemática objeto de análisis conlleva una dimensión social que no solo involucra a las generaciones futuras, sino que también a las generaciones presentes, quienes padecen la deficiente gestión de RSU, focalizada la mayoría de las veces en sectores vulnerables.

Palabras-clave: Pasivos ambientales - Residuos sólidos urbanos - Principio de equidad inter e intra generacional.

Abstract: The main cities of Argentina have seen the proliferation of environmental passives, with high risk to the environment and public health. Among the most frequent cases of environmental liabilities are landfills of urban solid waste (USW), being a problem that manifests itself at the national and local level, reaching each Province and Municipality. The existence of environmental passives of landfills of USW generates a social and environmental problem, which must be approached from an inter and intra-generational perspective, especially considering that the problematic object of analysis entails a social dimension that not only involves the future generations, but also to the present generation, who suffer from the deficient management of USW, focused in most of the cases in vulnerable sectors.

Keywords: Environmental passives - Urban solid waste - Principle of inter and intra-generational equity.

Sumario: 1. Introducción.- 2. Precisiones conceptuales.- 3. La configuración de los sitios de disposición final de RSU en pasivos ambientales.- 4. Problemáticas que surgen en torno a la disposición final de RSU.- 5. Relación con el principio de equidad inter e intra generacional.- 6. Consideraciones finales.

1.-Introducción

El crecimiento urbano y poblacional exponencial ha generado y aún genera problemas socio-ambientales, uno de ellos y palpable por todos es la disposición de residuos sólidos urbanos²¹³. A lo largo de la historia esto ha generado, por un lado, la aparición de depósitos clandestinos y por otro lado el colapso o saturación de los basurales habilitados existentes.

Las principales ciudades de Argentina -tal como ocurre en otros países- han visto la proliferación de pasivos ambientales²¹⁴ con alto riesgo para el ambiente y la salud pública.

²¹¹ Trabajo recibido el 6 de agosto de 2018 y aprobado para su publicación el 27 de agosto del mismo año.

²¹² Abogada (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), tema: "Atribución de responsabilidad por pasivos ambientales y eficacia de los instrumentos financieros para la recomposición del daño ambiental colectivo". Becaria de CONICET. Miembro Asistente del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

²¹³ En adelante se utilizarán las siglas RSU.

²¹⁴ En adelante PA.

Entre los casos más frecuentes de pasivos ambientales se destacan los vertederos de RSU, siendo una problemática que se manifiesta a nivel nacional como local, que alcanza a cada Provincia y Municipio.

La existencia de pasivos ambientales de vertederos de residuos sólidos urbanos genera un problema social y ambiental. Por un lado, estos sitios contaminados implican un riesgo permanente y potencial para la salud, la vida (vida con dignidad), los recursos naturales y bienes ambientales y culturales, desde una visión ecosistémica. Por otro lado, implican un desigual balance de cargas en la distribución y radicación de nuevos basurales, porque un determinado grupo social soporta los desechos y efectos contaminantes del resto, tendiendo a coincidir, la mayoría de las veces, con sectores y contextos de vulnerabilidad. Dentro de la gestión de RSU se pueden suscitar las siguientes situaciones: a) la existencia de vertederos ilegales de RSU, los cuales surgen de manera clandestina por el botadero de residuos sin las medidas de mitigación y en sitios no habilitados para tales fines; b) la instalación de nuevos sitios de disposición final de RSU acorde a la normativa existente; c) la existencia de sitios habilitados en los que no se garantizan las medidas de seguridad social, ambiental, técnicas y de higiene necesarias y que permanecen con escasos controles o ausencia de fiscalización.

La finalidad de la regulación de la actividad que se genera en torno a los RSU tiene por objeto que el emplazamiento de nuevos sitios e instalaciones destinados al almacenamiento definitivo de RSU se realice acorde a las medidas de seguridad adecuadas, con la implementación de aquellas medidas necesarias para minimizar los impactos ambientales y sociales, hoy en día a través del relleno sanitario. Sin embargo, los basurales a cielo abierto y aquellos que no cuentan con las medidas de seguridad (ambiental, técnicas y sociales adecuadas) configuran pasivos ambientales que deben ser remediados.

A través del presente trabajo se pretenden alcanzar los siguientes objetivos: a) establecer y justificar que los sitios donde se encuentran RSU configuran pasivos ambientales, brindando un aporte que permita mejorar la identificación de las problemáticas jurídicas, ambientales y sociales implicadas en la gestión y remediación de pasivos ambientales, en un sector considerado representativo, como lo es la disposición final de RSU en nuestro país, haciendo especial referencia a la situación de la Provincia de Córdoba; b) analizar la correlación entre estos pasivos ambientales y el principio de equidad inter e intra generacional; c) ponderar la relación y efectos entre pasivos ambientales generados por vertederos de residuos sólidos urbanos y contextos de vulnerabilidad social y ambiental.

2.-Precisiones conceptuales

La propia construcción del derecho ambiental y la correlativa noción de pasivo ambiental (PA), plantean la necesidad de un análisis enfocado en una interpretación hermenéutica del complejo engranaje de fuentes y desde la incorporación de la dimensión colectiva y social del derecho, que permite caracterizar a los bienes y derechos colectivos ambientales como propios de la esfera social, lo que implica rupturas epistemológicas con el individualismo metodológico, con la concepción de modelos jurídicos formales, cerrados, autosuficientes y con la visión individualista-privatista del derecho²¹⁵.

Como común denominador al momento de definir qué es un pasivo ambiental encontramos la remisión o referencia a daño ambiental o impacto ambiental; sin embargo, como más adelante veremos, un PA no implica que se configure necesariamente un daño ambiental colectivo. En ese marco, ciertos institutos jurídicos tradicionales -como la

²¹⁵ LORENZETTI, Ricardo L., *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 483.

noción de daño, responsabilidad, reparación-, basados en la lógica de modelos y sistemas cerrados, configurados sobre la base de la protección de la propiedad y la persona (desde una perspectiva individual), “han dejado una marca indeleble sobre numerosas investigaciones que han trasladado aquel modelo de tutela a un nuevo objeto: el ambiente (...) esa adaptación es incorrecta porque no estamos en presencia de un hecho análogo, sino completamente diferente que, por lo tanto, requiere de una teoría apropiada”²¹⁶, de lo contrario se vislumbra la inconsistencia que genera trasplantar la ontología de modelos jurídicos tradicionales a la ontología que propiamente caracteriza a la realidad ambiental. Dentro del sistema normativo encontramos algunas definiciones en legislaciones provinciales. La Ley N° 14.343 -Ley de Regulación de Pasivos Ambientales de la Provincia de Buenos Aires- brinda una definición legal de pasivo ambiental: “(...) se entenderá por pasivo ambiental al conjunto de los daños ambientales, en términos de contaminación del agua, del suelo, del aire, del deterioro de los recursos naturales y de los ecosistemas, producidos por cualquier tipo de actividad pública o privada, durante su funcionamiento ordinario o por hechos imprevistos a lo largo de su historia, que constituyan un riesgo permanente y/o potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad, y que haya sido abandonado por el responsable”. Por otro lado, la Ley N° 10208 –Ley de Política Ambiental de la Provincia de Córdoba- en su artículo 89 estipula que “se entiende por pasivo ambiental al conjunto de impactos ambientales negativos e irreversibles que impliquen el deterioro de los recursos naturales y de los ecosistemas, producidos por cualquier tipo de actividad pública o privada, durante su funcionamiento ordinario o por hechos imprevistos a lo largo de su historia, que constituyan un riesgo permanente o potencial para la salud humana, el ecosistema o la propiedad”.

De ambas definiciones se puede extraer que se asocia a los PA con daños ambientales²¹⁷. En el caso de la normativa de Córdoba es aún más limitativa, ya que para determinar la existencia de un PA debemos encontrarnos ante impactos ambientales negativos e irreversibles; en consecuencia, si los impactos son negativos pero reversibles, ¿no constituirían PA?

En términos jurídicos podríamos decir que un PA es una obligación legal de pagar una suma de dinero o incurrir en un gasto, por lo que subyace la idea de que un pasivo supone necesariamente la existencia de un responsable²¹⁸. Es una obligación -una deuda ambiental- que se deriva de la mitigación, recomposición, remediación por un impacto no mitigado o por el potencial riesgo de que un daño ambiental colectivo se configure²¹⁹.

Puede que se conozca el alcance de la obligación que conlleva el PA (se conoce el costo), o que sea una posible obligación (contingente). El PA estaría identificado (en términos de existencia) en uno y otro caso (sea configurado o contingente). La diferencia radica en que en un caso la erogación deberá efectivamente efectuarse (PA configurado); mientras que si se trata de un PA contingente²²⁰ nos encontramos ante una obligación posible, cuya

216 LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, Prefacio, La Ley, 2008.

217 Conforme nuestro régimen vigente, daño ambiental, equivale a daño ambiental de incidencia colectiva (lesión de intereses y derechos de incidencia colectiva en términos constitucionales). Cf. MORALES LAMBERTI, Alicia. *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*, Alveroni, Córdoba 2008, p. 12.

218 Unidad de Planificación Minero Energética (UPME). “Metodología para la valorización de pasivos ambientales en el sector eléctrico”, Colombia, 2002, p.2.

219 MORALES LAMBERTI, Alicia. *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*, Alveroni, Córdoba 2008, pp. 7-17.

220 El término surge del concepto contable de pasivo, que engloba todas las obligaciones que asume una entidad (persona física o jurídica con obligación de llevar libros contables). A este término se le añade el adjetivo contingente, que a su vez procede de contingencia, en el sentido de que dicha obligación no es

existencia puede ser consecuencia, con cierto grado de incertidumbre, de un suceso futuro o no ser susceptible de cuantificación en un determinado momento. En este caso es posible que se asigne ese costo probable. De no suceder lo anteriormente descrito nos encontraríamos ante una externalidad, en donde el costo se transfiere a la sociedad²²¹.

De la existencia de un PA se deriva la necesidad de remediación, saneamiento, mitigación o compensación por encontrarnos ante áreas o sitios contaminados, en los que se superan los umbrales tolerables de contaminación (sea del agua superficial, subterránea, suelo, subsuelo, atmósfera, fauna, flora); en los que no se encuentran debidamente gestionados los posibles impactos negativos, por lo que se configura un potencial riesgo de daños para la salud, calidad de vida, propiedad (daños patrimoniales y extra patrimoniales producto de la situación de contaminación) y para los bienes y servicios ambientales.

Se asocia el PA a la idea de riesgo; por ejemplo, un depósito de residuos es un potencial riesgo de daño ambiental, ya que si no es debidamente tratado, si no se realiza la correcta disposición, operación de cierre, *post* cierre o incluso si permanecen acumulados sin las debidas medidas de mitigación, esos hechos generan un pasivo ambiental, lo que no implica necesariamente que un daño ambiental colectivo -en los términos del art. 27 de la LGA- esté materializado o configurado.

En función de lo expuesto, un PA refiere a la existencia de una obligación legal de asumir la remediación de impactos ambientales no mitigados producto de actividades desarrolladas en el pasado y en el presente -puede ser consecuencia de una contaminación histórica, pretérita o responder a una situación actual-, que generan un efecto acumulativo y progresivo (con el transcurso del tiempo) y que representan un potencial riesgo de daño ambiental de incidencia colectiva.

Es decir, que a un PA lo podemos asimilar a un sitio contaminado como consecuencia de una actividad o conducta, realizada en el presente (actual) o que fue realizada en el pasado, pero que en uno u otro caso puede afectar el ambiente de manera adversa, lo que conlleva la obligación de incurrir en costos futuros tendentes a la remediación de ese sitio, lo que presupone una responsabilidad preexistente.

Es interesante extraer algunos elementos que pensamos nos permiten caracterizar a un PA: a) supone una obligación legal de pagar una suma de dinero o incurrir en un gasto, incurrir en un costo derivado de asumir la remediación de impactos ambientales no mitigados; b) implica un conjunto de impactos negativos perjudiciales para el medio ambiente, la salud, calidad o vida digna, ocasionados por determinadas obras, actividades o conductas, existentes en un determinado período de tiempo²²² (lo que refuerza la idea de la temporalidad, ya sea presente o pasada); c) configura un riesgo potencial y permanente susceptible de configurar un daño ambiental colectivo y lesiones a derechos individuales (patrimoniales o extrapatrimoniales) como daño rebote, indirecto²²³; d)

segura, pero puede producirse en un futuro previsible. Conforme MORALES LAMBERTI, Alicia, Ob.Cit., p. 119.

²²¹ Cfr. Unidad de Planificación Minero Energética (UPME). Ob. Cit., pp. 49-51.

²²² Conforme artículo 46 del Reglamento General de Gestión Ambiental de Bolivia -Reglamentación de la Ley N° 1333 del Medio Ambiente-: “Para efecto del presente Reglamento se entiende por pasivo ambiental: a) el conjunto de impactos negativos perjudiciales para la salud y/o el medio ambiente, ocasionados por determinadas obras y actividades existentes en un determinado período de tiempo; b) los problemas ambientales en general no solucionados por determinadas obras o actividades”.

²²³ “El daño ambiental es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una comunidad, en cuyo caso hablamos de impacto ambiental, sino que se refiere al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (*par ricochet*), a los interés legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular, que ataca a un derecho subjetivo y legítima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado”. Cámara Federal de Apelaciones de la Plata Sala II. Autos “Mazzeo, Alicia S. y otro v. YPF SA”. Sentencia de fecha 12 de julio de 2012. Cfr. CAFFERATTA, Néstor A. “Ley

implica una lesión o “interferencia en el disfrute de un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, y que los daños ambientales pueden tener repercusiones negativas, tanto directas como indirectas, en el disfrute efectivo de todos los derechos humanos”²²⁴; e) esta situación fáctica actual idónea para producir un daño futuro o un riesgo potencial implica un deterioro progresivo en el tiempo: el efecto proyectivo, acumulativo y sinérgico²²⁵ es ínsito a la generación, acumulación y/o abandono sin las correctas medidas de mitigación de un PA. Es decir, que la situación fáctica de la existencia de un PA conlleva una exposición permanente a una situación de riesgo, que continúa en el tiempo hasta tanto el sitio no sea saneado y remediado; sea que provenga de una causa fuente de generación pretérita -legado histórico de contaminación- o de una situación del presente la mera existencia del PA conlleva actualidad por sus propios efectos.

3.-La configuración de los sitios de disposición final de RSU en pasivos ambientales

El crecimiento urbano y poblacional exponencial ha generado y aún genera problemas ambientales. Uno de ellos y palpable por todos es la disposición final de los residuos sólidos urbanos, que a lo largo de la historia ha generado la aparición de depósitos clandestinos (no habilitados), la realización de nuevos barrios y/o construcciones en predios o sitios contaminados y cercanos a las inmediaciones de los basurales existentes como así también la existencia de sitios de disposición con escasas medidas de control y adecuaciones técnicas, ambientales y sociales.

Si bien la práctica originaria de disposición de RSU consistía en su acumulación en las periferias de la ciudad, fuera del ámbito edilicio y núcleo poblacional, al no preverse una proyección a futuro del crecimiento urbano y poblacional y del correlativo incremento de los RSU, los sitios destinados como basurales (cuenten con habilitación o no estén habilitados), se han visto colapsados y desbordados. Lo que conlleva a un problema ambiental y social en la distribución y radicación de nuevos basurales, ya que un determinado grupo poblacional termina soportando los desechos y efectos contaminantes del resto, grupo que muchas veces coincide con los sectores más vulnerables.

Se observa también una cuestión diferente respecto a la responsabilidad legal existente respecto del generador (léase cada uno de nosotros que genera o produce estos RSU), porque somos todos generadores, pero nos desechamos rápidamente de la basura y pretendemos tenerla lo más alejada posible de nosotros. Se quiebra en algún punto la responsabilidad (directa) del causante de ese desecho, siendo la gestión y disposición de estos residuos una cuestión municipal y provincial. A su vez, es prácticamente imposible poder determinar cuáles desechos pertenecen a cada uno de nosotros.

“Los residuos poseen, entonces, una característica que los identifica: se acumulan rápidamente como si fuesen producto del estilo de vida, de manera anónima, sin

25675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada”, DJ 2002-3-133 y en “Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo -Ley 25675-”, RCyS 2003-80.

²²⁴ Naciones Unidas, Asamblea General: Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 24 de marzo de 2017, 34/20. Los derechos humanos y el medio ambiente, A/HRC/RES/34/20.

²²⁵ Comisión IDH: Informe n° 69/04, petición 504/03. Admisibilidad comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros (Perú), 15 de octubre de 2004: “*La grave contaminación ambiental ocasionada por la cancha de relaves mineros había generado una crisis de salud pública en la Comunidad de San Mateo de Huanchor y que cada día aumentaba el riesgo asociado a la exposición a los metales contenidos en los relaves (...) los efectos de la exposición de los relaves en el transcurso del tiempo se han prolongado y se agudizan al no recibir el tratamiento adecuado (...). El resaltado me pertenece, para hacer énfasis en el elemento temporal*”.

especificarse el sujeto”²²⁶. En ese sentido, se afirma que “uno de los problemas más acuciantes que sufre hoy el medio ambiente, resultado directo de la propia evolución de la actual sociedad de consumo, es la producción de los residuos”²²⁷. Consumimos una gran cantidad de objetos e inmediatamente los desechamos, no le encontramos más valor, acompañado este consumismo de una producción de corto plazo o escasa vida útil de los objetos, al poco tiempo se transforman en productos obsoletos.

La particularidad del régimen es (como ya se remarcó) que cada persona es generadora de este tipo de residuos, depositándolos o abandonándolos, pero no se toma conciencia o dimensiona la problemática que encierra la generación constante de RSU. No se asume la responsabilidad, dado que se subestima la problemática social, ambiental y de salubridad que implican nuestros residuos y porque permanece la creencia generalizada que el deber finaliza con el pago de la tasa por el servicio de recogida de los desechos y una vez que se abandonan o se arrojan los residuos es como que el problema desapareciera de la conciencia de la sociedad.

“La profusión de BCA (basurales a cielo abierto), muchos de ellos clandestinos, pone en evidencia que existe un desconocimiento en buena parte de la población acerca de la problemática de los desechos, el destino de los mismos, y de su rol dentro de una gestión sostenible de los RSU”²²⁸. Estas circunstancias se agravan por el “escaso conocimiento que la población tiene sobre el manejo de los mismos y lo que sucede más allá de los límites de su propiedad. En efecto, la población en general está acostumbrada a desvincularse del problema de los residuos, una vez que los deposita en su vereda y no indaga acerca de su destino final. A esta actitud ciudadana de aparente desinterés, también contribuye el hecho de que, generalmente, en los sistemas tributarios municipales, la gestión de los RSU no aparece discriminada sino incluida en otros servicios o en tasas inmobiliarias, lo que impide que los contribuyentes conozcan específicamente lo que a cada uno le cuesta la administración de sus RSU”²²⁹⁻²³⁰.

La otra cara del problema, muchas veces invisibilizada, es el recorrido que siguen esos residuos arrojados por cada uno de nosotros, terminando en sitios clandestinos, en sitios que se encuentran saturados o sobrecargados en su capacidad de almacenamiento y disposición final o en sitios con escasas o nulas medidas de control, monitoreo y mitigación. Por tanto, esta situación configura un grave problema para quienes deben convivir con los basurales en las inmediaciones de sus viviendas.

“Asimismo, debe tenerse en cuenta que los escasos controles con los que cuentan los sitios de disposición final semi controlados (en el mejor de los casos abarcan protección perimetral, control de ingreso con balanza y cobertura diaria con tierra), hacen que buena

²²⁶ RODRIGUES, Arlete M. *Produção e consumo do e no espaço: problemática ambiental urbana*, HUCITEC, São Paulo, 1998.

²²⁷ GIMÉNEZ VERA, Mariela - CARDOZO CARRERA, Carlos Ricardo. “Localización óptima de relleno sanitario aplicando técnicas multicriterio en sistemas de información geográfica (sig) en el área metropolitana del alto Paraná”, Actas del VII Congreso de Medio Ambiente /AUGM, La Plata, 22 al 24 de mayo de 2013.

²²⁸ Ministerio de Salud y Ambiente y Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, Argentina. “Estrategia Nacional para la gestión integral de residuos sólidos urbanos (ENGIRSU), septiembre 2005, pp. 35-36.

²²⁹ ACUMAR (Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo). “Plan maestro de gestión integral de residuos sólidos urbanos”, 2016, p. 23 (<http://www.acumar.gob.ar/wp-content/uploads/2016/12/1610.pdf>),

²³⁰ “Raramente existen tasas locales específicas destinadas a la GIRSU (Gestión integral de residuos sólidos urbanos), en cambio es usual que este ítem acompañe a otros en las tasas de alumbrado, barrido y limpieza (ABL) o tasa municipal”. Conforme Banco Interamericano de Desarrollo. “Programa de gestión integral de residuos sólidos urbanos préstamo 3249/oc-ar-marco ambiental y social”, julio 2013, pp.24-25.

parte de ellos no alcancen para cumplir los requerimientos mínimos de aptitud y protección de la salud y el ambiente”²³¹.

Si estos sitios contaminados se caracterizan por su estado de permanencia y no remediación implicarían una disminución de las calidades ambientales, con lo cual el mandato constitucional de contar con un ambiente sano y equilibrado sería constantemente (permanentemente) transgredido, lo que implica una afección al principio de equidad inter (intra) generacional desde un enfoque temporo-espacial.

4.-Problemáticas que surgen en torno a la disposición final de RSU

Contamos con una ley de presupuestos mínimos en gestión de RSU, Ley N° 25916, que define a los residuos domiciliarios en su art. 2° como “*aquellos elementos, objetos, o sustancias que como consecuencia de los procesos de consumo y desarrollo de actividades humanas son desechados y/o abandonados*”²³².

La disposición final refiere al depósito permanente de los residuos domiciliarios que no pueden ser reciclados ni reutilizados, en los centros de disposición final. Asimismo, se encuentran comprendidas en el concepto de GIRSU, las actividades propias de la clausura y post clausura de los centros de disposición final²³³. Es decir, abarca el cierre y remediación de los vertederos o basurales a cielo abierto, en miras a su transformación en espacios reutilizables para la sociedad.

Es sugestiva la definición que brinda la Ley provincial de Buenos Aires (Ley N° 13592) de la gestión integral como el “*conjunto de operaciones que tienen por objeto dar a los residuos producidos en una zona, el destino y tratamiento adecuado, de una manera ambientalmente sustentable, técnica y económicamente factible y socialmente aceptable*”. Brinda elementos esenciales (requisitos) que los proyectos debieran seguir para su implementación, donde la aceptación social juega un rol preponderante a la hora de determinar la viabilidad del emprendimiento y en función del mismo se generan los grandes conflictos a la hora de la instalación de nuevos centros de disposición final de residuos como así también los conflictos o reclamos en torno a la aparición de vertederos ilegales, cierre y clausura de los ya existentes.

“El manejo de los RSU en Argentina, es de incumbencia municipal, sobre cuyos gobiernos recae la responsabilidad de su gestión. En general, el manejo de los residuos constituye un problema creciente para la mayoría de sus autoridades, ya que su gestión se reduce a la realización de la recolección domiciliaria e higiene urbana -consistente en el barrido de calles y limpieza de otros sectores públicos-, y de la disposición final de los residuos efectuada, en muchos casos, en Basurales a Cielo Abierto (BCA) con escasos controles ambientales y técnicos, y los consiguientes riesgos derivados para la salud y ambiente”²³⁴.

Por lo tanto, una cuestión transversal a la problemática es el ejercicio del poder de policía ambiental: son las provincias y municipios las que deben encargarse y promover una adecuada e integral gestión de los residuos, que deberá adaptarse a las características y particularidades de cada jurisdicción, tendiendo a prevenir y minimizar los posibles

²³¹ Ministerio de Salud y Ambiente y Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, Argentina. “Estrategia Nacional para la gestión integral de residuos sólidos urbanos (ENGIRSU), septiembre 2005, p. 151.

²³²Ley N° 25916 Presupuestos Mínimos para la Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos.

²³³ Conforme art. 3° inc. g de la Ley 25916.

²³⁴ Ministerio de Salud y Ambiente y Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, Argentina. “Estrategia Nacional para la gestión integral de residuos sólidos urbanos (ENGIRSU), septiembre 2005, p.3.

impactos negativos sobre el ambiente y la calidad de vida de la población²³⁵. El ejercicio del poder de policía en general y, específicamente el ambiental, es competencia local de cada jurisdicción, lo que obedece a la necesidad de inmediatez y cercanía a los problemas sito-locales de cada realidad social, cultural y ambiental.

Sin embargo, la mayoría de los municipios se ven sobrepasados ante esta problemática de disposición final de RSU, ya sea por la falta de recursos técnicos, humanos y financieros para afrontar y solventar las infraestructuras necesarias para una adecuada gestión integral de RSU. “A las condiciones mencionadas se le agregan otros problemas originados por la saturación o la finalización de la vida útil de los BCA, el incremento de los costos de implementación y operativos del sistema de higiene urbana, que tienen como contrapartida la imposibilidad de aumentar impuestos por la baja capacidad de pago de los contribuyentes o la falta de optimización administrativa en los municipios, todo lo cual los induce a la aplicación de criterios cortoplacistas para la gestión de sus RSU”²³⁶. A ello se le suma la ausencia de planificación ambiental, territorial y poblacional, lo que conlleva al desborde de los sitios destinados al depósito de RSU y a la aparición de constantes basurales a cielo abierto, lo que configura un potencial riesgo ambiental, como así también un riesgo a las poblaciones asentadas en sus inmediaciones o cercanías. En este sentido, la Ley 25916 dispone que los centros de disposición final deben ubicarse en sitios suficientemente alejados de áreas urbanas y su emplazamiento deberá determinarse considerando la planificación territorial, el uso del suelo y la expansión urbana durante un lapso que incluya el período de post clausura. Asimismo, no podrán establecerse dentro de áreas protegidas o sitios que contengan elementos significativos del patrimonio natural y cultural, o zonas inundables²³⁷.

“Del mismo modo, se verifica que la selección de la localización de los basurales se realiza sin tener en cuenta criterios ambientales, incluyendo los relativos a la planificación territorial, que permitan asegurar la protección de la salud humana y del ambiente, entendiendo la protección ambiental en un sentido amplio, que incluye no solo los recursos naturales sino también el paisaje y el patrimonio histórico y cultural. No se cuenta con la cuantificación de los pasivos ambientales existentes, derivados de estas malas prácticas de manejo de los RSU. (...) Los más evidentes son los pasivos ambientales debidos a la disposición sin controles de los RSU y los costos de salud pública destinados a la atención de los problemas sanitarios derivados de un mal manejo de los residuos”²³⁸.

La ubicación de basurales sin las debidas condiciones ambientales del sitio configura un PA y un potencial daño ambiental si el mismo no es sometido a una remediación. Para ello se requiere conocer el estado y grado de contaminación actual del predio (suelo, subsuelo, napas freáticas, permeabilidad) y prever un plan integral de saneamiento, con su respectivo cronograma de tareas y metas interinas, fijadas de manera progresiva, para erradicar los efectos nocivos actuales que la disposición final de RSU ya provocó y, a su vez se requiere una estimación o proyección a futuro para el almacenamiento de los residuos que a futuro se sigan recolectando.

Una de las causas de los conflictos de los basurales es la percepción de los graves daños ambientales causados por la acumulación de residuos y los escasos (o mejor dicho) nulos beneficios que, como contrapartida, han recibido las comunidades locales. En los

²³⁵ Conforme artículos 5° y 6° de la Ley 25916.

²³⁶ Ministerio de Salud y Ambiente. Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. “Estrategia Nacional para la gestión integral de residuos sólidos urbanos (ENGIRSU)”, septiembre 2005, p. 6.

²³⁷ Conforme artículos 20° y 21°.

²³⁸ Ministerio de Salud y Ambiente y Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, Argentina. Ob. Cit., pp. 38 y 41.

conflictos, se evidencia la polarización de las posiciones de las comunidades locales en torno a la localización de nuevos vertederos. Se manifiesta en una “fuerte oposición social a las iniciativas tendientes a la construcción de infraestructuras o instalaciones para la gestión de RSU, (...) sobre todo respecto a la instalación de sitios de disposición final de residuos, en particular aquellos generados en otras jurisdicciones distintas a la suya (Efecto NIMBY)”²³⁹.

“La gestión inadecuada, ineficiente e insuficiente de los RSU tiene como una de las principales consecuencias la presencia de basurales a cielo abierto. La urgencia de la erradicación de los mismos y de implementar medidas para evitar su formación, se debe a la enorme fuente de contaminación que constituyen tanto para el ambiente natural, como para el social, afectando directamente los recursos naturales, la salud de la población y la calidad de vida en general”²⁴⁰.

Los BCA consisten en áreas de disposición de RSU, los cuales son depositados en superficie o enterrados, sin los adecuados controles ambientales y de seguridad e higiene necesarios para evitar riesgos a la salud de la población e impactos negativos sobre los recursos naturales. Por definición son incontrolados y por su dinámica, son de difícil cuantificación y medición²⁴¹. Estos BCA se generan por lo general de manera clandestina o ilegal, lo que no quita que a su vez los centros de disposición habilitados no cuenten con las medidas y controles ambientales, de seguridad e higiene necesarios.

La particularidad de la problemática que encierra los sitios de disposición final de RSU es que los ya existentes configuran un pasivo ambiental y culminada su vida útil el sitio debe ser remediado y restaurado, a lo que surge un nuevo inconveniente, ¿a dónde se llevan los desechos? Una práctica cotidiana es la erradicación de los BCA, sobre todos aquellos de modo clandestino, por el arrojado de residuos por parte de los ciudadanos, basta con que uno comience con el vertedero para que la práctica sea asimilada y continuada por el resto. De allí que, en ocasiones, pese a que se limpian algunos de estos sitios, al día siguiente (o a los pocos días) la situación se repite y nuevamente se convierte en un depósito de RSU. Es difícil lograr un control total y permanente sobre todos los BCA por parte de las autoridades de aplicación, sobre todo cuando las malas prácticas están fuertemente arraigadas en la sociedad.

Los basurales constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud, la vida (vida con dignidad), los recursos naturales y bienes ambientales y culturales, desde una visión ecosistémica. Esto denota que la problemática en la gestión de los PA producto de RSU acarrea afecciones al derecho humano al medio ambiente sano, desde una perspectiva individual (afección indirecta que sufren las personas) y desde una dimensión colectiva, al tratarse de bienes colectivos.

Los riesgos asociados a la gestión negativa de los RSU son: a) transmisión de enfermedades que pueden provocarse por contacto directo de los residuos y por la vía indirecta a través de los vectores y transmisores más comunes como moscas, cucarachas, ratas, perros y gatos callejeros que comen la basura; b) contaminación del aire puesto que produce la suspensión de partículas que pueden ser altamente contaminantes, si a esto le agregamos los malos olores que proceden, estamos en presencia de las principales causas de contaminación del aire que respiramos los habitantes de la ciudad; c) contaminación

²³⁹ Ministerio de Salud y Ambiente y Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, Argentina. “Estrategia Nacional para la gestión integral de residuos sólidos urbanos (ENGIRSU), septiembre 2005, p. 9.

²⁴⁰ ACUMAR (Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo). “Plan maestro de gestión integral de residuos sólidos urbanos”, 2016, p. 21. (<http://www.acumar.gob.ar/wp-content/uploads/2016/12/1610.pdf>).

²⁴¹ Banco Interamericano de Desarrollo. “Programa de gestión integral de residuos sólidos urbanos”. Préstamo 3249/OC-AR. Marco ambiental y social, julio 2013, p. 59.

del agua; d) contaminación del suelo; e) problemas paisajísticos y riesgo²⁴².

“Los pasivos ambientales provocados por basurales no controlados, el incremento de costos en los presupuestos de salud por enfermedades surgidas a partir de los vectores que el desmanejo de los residuos provoca, conflictos sociales, se encuentran hoy entre los aspectos centrales del abordaje de la problemática de la cuestión”²⁴³.

La problemática descrita requiere, por un lado, adecuar en los casos que sea posible y apropiado, o directamente clausurar, aquellos sitios de disposición final que no reúnan las condiciones mínimas de seguridad para su correcto funcionamiento. (...) Por otro lado, reclama la necesidad de limitar los riesgos asociados a estos sitios, a través de la clausura (cierre y post cierre) de los que están operativos y la adopción e implementación de medidas eficaces para evitar el abandono incontrolado y la remediación y saneamiento de las zonas que efectivamente hayan sido impactadas por estas prácticas^{244_245}.

Lejos de ser la situación descrita excepcional estos conflictos son la película cotidiana de miles de basurales que se encuentran sin las correctas medidas de control, mitigación, cierre y que implican una vulneración el medioambiente y calidad de vida y la salud de miles de personas que, en numerosas ocasiones, se encuentran habitando peligrosamente próximos a los sitios de depósito de la basura, o peor aún, viviendo sobre ella. Son estas algunas de las consecuencias generadas por un servicio de recolección por lo general deficiente y una disposición final en basurales a cielo abierto, con un menor costo de operación, pero con un elevado costo social y ambiental²⁴⁶.

Algunos indicadores que podemos extraer de la problemática: 1. Necesidad de localización o relocalización de los sitios. 2. Necesidad de un cierre y remediación del sitio afectado. 3. Conflictividad social que genera la instalación de basurales para las comunidades directamente afectadas como así también los perjuicios que se derivan de los ya instalados. 4. Pérdidas de los beneficios y funciones ambientales que tenía el sitio. A ello hay que sumar los costos de mitigación, remediación del sitio y los costos de restauración, considerando las pérdidas actuales y futuras de las funciones y servicios ambientales, ¿cuáles han sido los beneficios dejados de percibir y valores intrínsecos perdidos? 5. Ausencia o deficiente planificación social, territorial y ambiental. 6. Configuración de un riesgo permanente para las personas y el medio ambiente, con la correspondiente afección intra e inter generacional.

A partir del análisis efectuado podemos subsumir la situación particular de los basurales de RSU en la configuración de un PA, considerando la característica peculiar de este tipo de pasivo ambiental que es generado por todos y cada uno de nosotros, podemos identificar los siguientes elementos que nos permiten determinar dicha subsunción: a) existencia de sitios de deposición final de RSU, sean estos clandestinos o habilitados, implican la exposición permanente a un riesgo potencial; b) dicho riesgo afecta las

²⁴² Juzgado de Paz Paso de la Patria, sentencia de fecha 02 de junio de 2010. Defensor de pobres y ausentes n.1, Dr. Di Tella, Enzo Mario c. Municipalidad de Paso de la Patria. Informe médico, con fecha 1/12/2008.

²⁴³ Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. “Núcleo socio-productivo estratégico reciclado de distintas corrientes de residuos”, año 2013, p.7

²⁴⁴ Conforme Ministerio de Salud y Ambiente y Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, Argentina. “Estrategia Nacional para la gestión integral de residuos sólidos urbanos (ENGIRSU), septiembre 2005, p. 61.

²⁴⁵ En sentido similar encontramos el artículo 19 (Ley 25916). que establece que, para la operación y clausura de las plantas de tratamiento y de las estaciones de transferencia, y para la operación, clausura y post clausura de los centros de disposición final, las autoridades competentes deberán autorizar métodos y tecnologías que prevengan y minimicen los posibles impactos negativos sobre el ambiente y la calidad de vida de la población.

²⁴⁶ Ministerio del Interior y Transporte. Secretaría de Asuntos Municipales. “Gestión integral de residuos sólidos urbanos”, p. 12 (https://www.mininterior.gov.ar/municipios/pdfs/SAM_03_residuos_solidos.pdf).

calidades y cualidades del medio ambiente, generando una pérdida y afección de los bienes y servicios ambientales, lo que correlativamente trae aparejado un riesgo para la salud y calidad de vida (vida con dignidad) de las personas que se encuentran en las proximidades de los basurales; c) esa exposición es forzada u obligada, las personas que soportan las cargas de la contaminación producto de la acumulación incontrolada de RSU son solo algunas, pese a que todos somos generadores de esos desechos; d) indefectiblemente esos sitios deben ser remediados y restaurados, ya sea a través de la clausura y post cierre o bien adecuando el sitio a condiciones técnicas, sociales y ambientales adecuadas; e) un PA implica la necesidad de remediación, saneamiento, mitigación o compensación por encontrarnos ante áreas o sitios contaminados, lo que refiere a la existencia de una obligación legal de asumir la remediación (entre los ciudadanos, empresas públicas o privadas que presentan el servicio y el Estado) de los impactos ambientales no mitigados. Los impactos pueden ser producto de actividades desarrolladas en el pasado y en el presente -pueden ser consecuencia de una contaminación histórica, pretérita o responder a una situación actual-, que generan un efecto acumulativo y progresivo (con el transcurso del tiempo) y que representan un potencial riesgo de daño ambiental de incidencia colectivo, como es el caso de los RSU.

Sin embargo, la normativa ambiental provincial de Córdoba (Ley 10208) contiene una restricción en su artículo 95: “*Quedan excluidos del alcance de esta Ley (refiere a pasivos ambientales) las áreas destinadas al acopio para la clasificación, separación, valoración y relleno sanitario de los residuos sólidos urbanos, siempre que cuenten con el permiso correspondiente de la Autoridad de Aplicación*”. Genera una mirada miope al problema, ¿acaso contar con el permiso de la autoridad de aplicación asegura que el sitio cuente y que sean efectivas las medidas de control, mitigación, cierre y post clausura? ¿Es por la simple razón de contar con autorización de la autoridad de aplicación inocua un sitio de disposición final de RSU? Claramente la solución normativa no se condice con la realidad de la problemática, donde constantemente nos encontramos con sitios habilitados que se encuentran sobresaturados y que pese a contar con el correspondiente permiso configuran pasivos ambientales. En función del dispositivo legal pareciera ser que solo los BCA clandestinos podrían configurar un PA, pero dicha circunstancia es solo una cara del problema.

5.-Relación con el principio de equidad inter e intra generacional

La propia configuración y concreción del orden público ambiental se observa en la realización, desde una perspectiva teórico-práctica de los principios de la política ambiental que inspiran y rigen la interpretación y aplicación de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental (art. 4 LGA). “El orden público ambiental nos exige la necesidad de un diálogo de fuentes, una interpretación armónica y coherente. El orden público ambiental es una categoría jurídica que legitima la potestad/poder-deber ordenadores del Estado en materia de conservación, defensa y mejora ambiental (...)”²⁴⁷. El principio de equidad intergeneracional se encuentra plasmado en el art. 4 de la LGA: “*los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado*

²⁴⁷MORALES LAMBERTI, Alicia. “Ejercicio de facultades jurisdiccionales por el tribunal minero y orden público ambiental: aspectos de inconstitucionalidad e incompatibilidad funcional”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Jornada de reflexión sobre derecho ambiental, 2008, p. 105.

del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras”; también en el principio de sustentabilidad se puede entrever esta idea de equidad inter e intra generacional²⁴⁸.

Dentro de los objetivos de la política ambiental explícitamente se establece el “*promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria*”. El principio también está plasmado en el mandato constitucional (art. 41 de la CN) que dispone 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 (...)*”.

A la enunciación del principio se le debe agregar la mirada intra generacional, sobre todo teniendo en cuenta la problemática objeto de análisis, que conlleva una dimensión social que no solo involucra a las generaciones futuras, sino que también a las generaciones presentes, quienes padecen la deficiente gestión de RSU, focalizada la mayoría de las veces en sectores vulnerables.

El campo social es el ámbito característico de los conflictos ambientales, éstos no ocurren en vacíos sociales. “Entre la esfera pública y la privada hay una esfera social donde ubicamos a los bienes colectivos, lo cual insta una regla de precedencia lógica en el caso de conflictos en bienes colectivos e individuales”²⁴⁹.

La dimensión colectiva, social, es consustancial al derecho ambiental y amplía los derechos jurídicos tutelados. “Estos derechos de solidaridad, como el derecho al respeto al medio ambiente, trata de responsabilidades colectivas más que de prerrogativas individuales”²⁵⁰. Este es un cambio importantísimo en la cultura de los derechos humanos, a través de la institucionalización del paradigma ambiental que consagra una nueva relación que rompe con la lógica clásica de la supremacía de lo individual, reconduciendo la flecha de lo colectivo a lo individual y que “se basa en una idea de interacción compleja, que toma en cuenta los efectos individuales y colectivos, presentes y futuros de la acción humana (derechos de cuarta generación o generaciones futuras) y que representa para los individuos un sistema donde predominan los deberes y límites a los derechos en razón de la protección que demanda el bien colectivo”²⁵¹.

Una aproximación a reglas de justicia entre los seres humanos de diferentes generaciones puede ser entendido bajo el principio de igualitarismo diacrónico, por el que los intereses de los humanos de las generaciones presentes no cuentan más que los de los humanos de generaciones futuras y, en consecuencia, los intereses de todos ellos deberán ser tenidos en cuenta con independencia del momento temporal en que vivan los portadores de esos intereses²⁵².

Se debe incorporar al análisis de la problemática de PA de RSU el factor temporal porque es una contaminación que permanece en el tiempo, porque o bien se comenzó a originar en el pasado, pero sus efectos y prácticas se trasladan a la actualidad (arrojándose residuos) o puede que el sitio de disposición final de RSU tenga un origen reciente.

Por lo tanto, encontramos una conjunción de distintos momentos temporales: por un lado, el momento de la gestación del PA y por otro el momento en que se comienzan a evidenciar sus posibles efectos, lo que plantea una proyección temporal: es un hecho que

²⁴⁸El 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 (art. 4 LGA).

²⁴⁹ LOREZNETTI, Ricardo L, *Teoría del Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, 2008, p. 12.

²⁵⁰ CAFFERATTA, Néstor A., “El derrotero de la defensa del medio ambiente”, en *LLBA* marzo 2008, p. 141.

²⁵¹ LORENZETTI, Ricardo. Op. Cit., p. 11.

²⁵² MORALES LAMBERTI, Alicia. “Derechos de la Naturaleza y justicia ecológica intergeneracional”, en *Congreso de Justicia Inter generacional*, Córdoba, 2018, p. 15.

se origina en una causa de gestación pasada o presente cuyos efectos están latentes (riesgo potencial y permanente). De allí que el principio de equidad inter generacional se le debe adicionar la cuestión intra generacional, de lo contrario sería una mirada miope del problema. La relación y deber de solidaridad que se debe tener para con las generaciones futuras (intergeneracional) no puede ni debe soslayar la situación intra generacional que viven las generaciones presentes.

Indubitablemente la cuestión es compleja: la afección recae en derechos de incidencia colectiva, de predominante base social, que requiere inexorablemente una mirada hacia el pasado que se arrastra hacia el futuro. “Este concepto de tiempo y espacio ayuda a entender la herencia del pasado y las relaciones o interconexiones con el futuro. Estamos esencialmente vinculados a otras generaciones, pasadas y futuras”²⁵³.

La prolongación y acumulación (temporo-espacial) de sitios de disposición final de RSU sin la debida remediación, con el nivel de riesgo que conllevan, implicaría la consolidación y permanencia de una situación de exclusión y desigualdad ambiental, y dependiendo del caso concreto también social, ya que en la mayoría de los casos no hace más que reforzar la situación de vulnerabilidad por la que atraviesan los grupos que se enfrentan a una situación de contaminación ambiental. “Los bienes y cargas (impactos y riesgos) ambientales no se distribuyan equitativa y proporcionalmente dentro de una determinada comunidad (desde una percepción de las generaciones presentes y futuras) y que han sido invariablemente asumidas por los sectores más vulnerables de la población (...)”²⁵⁴.

“El aspecto distributivo -la distribución equitativa y proporcional de los bienes y pasivos ambientales- no es más que una aplicación concreta del principio de igualdad y de la garantía de no discriminación”²⁵⁵, agravada en muchos casos por la no adopción de una política concreta de gestión y remediación de PA, por la deficitaria supervisión y fiscalización por parte de las autoridades de control, por el no cumplimiento de medidas adecuadas de tratamiento, disposición final, cierre y post cierre seguro que derivaría en una continuidad y permanencia de prácticas discriminatorias e inequitativas, que implicarían una vulneración del derecho al medio sano (tanto desde su dimensión individual como colectiva). “La polución no es necesariamente democrática y las consecuencias de ignorar las desigualdades sociales por detrás de los problemas ambientales permite la adopción de soluciones que no aseguran igual protección ambiental para todos”²⁵⁶.

“El concepto de pasivo ambiental tiene importancia social, en tanto que su existencia, cuantificación y necesidad de remediación se está afirmando cada vez más, en diferentes contextos de lucha de la sociedad civil y colectivos sociales. Desde una dimensión social, una primera relación que aparece evidente en el tema de pasivos ambientales y sitios contaminados es con la pobreza: estos tienden a coincidir espacialmente”²⁵⁷. Considero que el término pobreza queda acotado y debe ser abordado desde una concepción integral

²⁵³GEORGE, C.J. “Justicia intergeneracional: la satisfacción de las necesidades y no de la codicia”, 2012, p.33 (http://www.socialwatch.org/sites/default/files/JusticiaIntergeneracional2012_esp.pdf. Pág. 32-34).

²⁵⁴Medio ambiente y derechos humanos: justicia ambiental y el caso de Rinconada de Maipú, p. 356 (https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/Medio_Ambiente_Cambio_Climatico_Derechos_Humanos_y_Developmento/Medio_Ambiente_y_Derechos_Humanos_Justicia_Ambiental_caso_Rinconada_Maipu.pdf).

²⁵⁵Ibidem, p. 357.

²⁵⁶Traducido de Antônio Augusto Rossottoio Ris, “O Que é Justiça Ambiental”, em *Ambiente & Sociedade*, Campinas v. XII, n. 2, p. 389-392 jul.-dez. 2009, p. 390.

²⁵⁷MORALES LAMBERTI, Alicia. *Gestación y remediación de Pasivos Ambientales*, Alveroni, Córdoba, 2008, p.6, pp. 3-237.

y actual, ampliado más bien a situaciones de vulnerabilidad socio-ambiental²⁵⁸, que exceden una cuestión meramente económica.

Lo que genera la movilización de los ciudadanos directamente afectados y el rechazo de la instalación de vertederos es la desigualdad en la distribución de la carga de la contaminación, lo que implica la exposición a un riesgo desproporcionado por ciertos sectores o grupos de la sociedad, encontrándose un determinado grupo “obligado” a soportar los riesgos ambientales generados por toda la sociedad. Esos riesgos que son inaceptables para la comunidad en general son soportados por algunos.

Justamente, el término “daño colateral” empleado por Bauman hace referencia a “la idea de que son efectos no intencionales, que no obstante son dañinos, lesivos y perjudiciales, lo que sugiere que esos efectos no fueron tomados en cuenta cuando se planeó la operación; o bien que se advirtió y ponderó la posibilidad de que tuvieran lugar dichos efectos, pero, no obstante, se consideró que el riesgo valía la pena: y esta segunda opción es mucho más previsible (y mucho más probable) si se tiene en cuenta que quienes decidieron sobre las bondades del riesgo no son los mismos que sufrirán sus consecuencias. (...) los daños colaterales suponen, de forma tácita, una *desigualdad ya existente* de derechos y oportunidades, en tanto que acepta a priori que la distribución desigual de los costos que implica emprender una acción (...). En apariencia los riesgos son neutrales y no apuntan a un blanco determinado, por lo cual sus efectos son azarosos; sin embargo, en el juego de los riesgos, los dados están cargados”²⁵⁹.

Ante la problemática podemos hacer eco de términos como justicia ambiental, igualdad ambiental, pretendiéndose una correcta distribución de las cargas de la contaminación, una reducción de la contaminación (en este caso en la generación de residuos) y el correlativo mejoramiento del derecho a un ambiente sano²⁶⁰⁻²⁶¹.

La existencia de estos pasivos ambientales (RSU) se caracteriza por la insalubridad y mala calidad ambiental, al funcionar como basureros clandestinos, donde no hay recolección, prestación de servicios sanitarios; sin embargo, estas situaciones muchas veces conllevan la antítesis de la sociedad de permanecer en pasividad, ante reclamos desoídos o por el desconocimiento de los vecinos de qué hacer antes esas situaciones.

De allí que la configuración y percepción del riesgo ambiental, acompañado de incertidumbre, confusión, lleva a permanecer en una cierta pasividad. Se genera una construcción subjetiva y colectiva del problema ambiental, de la percepción social ante la contaminación, combinación de lo objetivo y lo subjetivo, del sufrimiento socio-

²⁵⁸ Frecuentemente se identifica la condición de pobreza de la gente con vulnerabilidad. Sin embargo, la inseguridad e indefensión que caracterizan a ésta no son necesariamente atribuibles a la insuficiencia de ingresos, propia a la pobreza. (...) El concepto de vulnerabilidad parece ser el más apropiado para comprender el impacto transformador provocado por el nuevo patrón de desarrollo en el plano social y para captar esa mayor exposición a riesgos en que se encuentra una gran masa de los habitantes de América Latina en el actual período histórico. PIZARRO, Roberto. La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina. CEPAL, ISSN 1680-8770, Santiago de Chile, febrero 2001, pp. 7-8.

²⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, Fondo de Cultura Económica, México 2015, pp.13-14.

²⁶⁰ BELLVER CAPELLA, Vicente. “El movimiento por la justicia ambiental: Entre el ecologismo y los derechos humanos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho XIII*, p. 328.

²⁶¹ Inicialmente, las reacciones de protesta que se desencadenaron por todo el país no tenían más pretensión que la de evitar en el propio territorio ese tipo de vertidos y, por ello, recibió el nombre peyorativo de síndrome NIMBY (not in my backyard). Esa reacción fue protagonizada principalmente por comunidades de clase media o alta y su objetivo era conseguir que las instalaciones de residuos peligrosos se ubicaran en cualquier sitio (somewhere else) alejado de sus hogares. BULLARD, R. «Environmental Blackmail in Minority Communities», en BAYANT, B. - MOHAL, P. (eds.). *Race and the Incidence of Environmental Hazards: A Time for Discourse, Boulder*, Westview Press, Colorado, 1992, p. 85. BELLVER CAPELLA, Vicente. “El movimiento por la justicia ambiental (...), Ob. Cit., pp. 330-331.

ambiental que padecen quienes viven en las proximidades de los basurales. Han denominado el “sufrimiento ambiental” como “una forma particular de sufrimiento social causado por las acciones contaminantes concretas de actores específicos”²⁶², acompañado de “promesas eternas, que desembocan en la espera infinita y la incertidumbre: dos condiciones fundamentales de la dominación”²⁶³.

6.-Consideraciones finales

A través de las líneas anteriores se pretendió establecer la configuración de los sitios de disposición final de RSU en pasivos ambientales, dado que la mera existencia de basurales a cielo abierto y/o sitios en los que no se cumplen con las medidas de fiscalización y control y las correspondientes prevenciones y adecuaciones en materia ambiental, técnica, social, de seguridad e higiene conlleva a la exposición por parte de la sociedad a un riesgo permanente para el medio ambiente y su salud, calidad de vida, propiedades.

A esto se agrega la “escasez de lugares en donde eliminar nuestros desechos y abundancia depósitos contaminados”²⁶⁴, contextualizado en la práctica arraigada de arrojar los residuos sin importar cuál es el destino de los mismos. En este aspecto cada uno de nosotros somos parte (generadores) del problema, pero solo algunos padecen directamente las consecuencias de vivir en medio de la contaminación.

La problemática conlleva una afección del principio de equidad inter e intra generacional, dado que claramente no todos disfrutan en las mismas condiciones del derecho a un ambiente sano, sin riesgos. Esto arrastra una situación de vulnerabilidad socio-ambiental para quienes deben padecer el sufrimiento de vivir en las proximidades de los basurales o sufrir por la elección de instalar en su ámbito habitacional (barrio) un nuevo sitio de disposición final de RSU. De esta manera, la carga de la contaminación producto de los RSU de cada uno de nosotros es soportada solo por algunos. Esto responde a “porqué distintos grupos prestan atención a ciertos riesgos e ignoran otros”²⁶⁵, y la respuesta es en cierto modo sencilla: porque depende de la realidad social y ambiental que a cada grupo le toca atravesar. “El riesgo es una construcción colectiva, por tanto, imbricada en contextos socio-culturales particularizados. Aparece como resultado de un proceso social y a todas las sociedades circundan combinaciones de confianza/miedo a lo que se suma que la selección de riesgos y la elección acerca de cómo vivir son inescindibles”²⁶⁶. “La contaminación, más allá de ser una realidad física, es construida. Así es percibida de diversas maneras también por quienes la sufren”²⁶⁷.

Si se tiene presente que los derechos humanos se centran en las personas excluidas, marginadas o que se encuentran en una situación de riesgo y vulnerabilidad, la interacción entre los derechos humanos y el medio ambiente brinda nuevas herramientas y garantías

²⁶² UYERO, Javier y SWISTUN, Débora. *Inflamable. Estudio del sufrimiento ambiental*, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 38.

²⁶³ TORRES, Oliver. “Inflamable, estudio del sufrimiento ambiental”, Reseña en *Iconos Revista de Ciencias Sociales*, Nro. 32, Flacso-Ecuador, septiembre 2008, pp. 172-174.

²⁶⁴ GUIMARÃES, Roberto P. “Tierra de sombras: desafíos de la sustentabilidad y del desarrollo territorial y local ante la globalización corporativa”, CEPAL, División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos, Santiago de Chile, septiembre de 2003, p. 7.

²⁶⁵ BERROS, María Valeria. *Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina*, tesis doctoral. Director: Gonzalo Sozzo-Co-directora: Marie-Angèle Hermitte, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, p.47.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ Observatorio Petrolero del Sur. Polos. *La injusticia ambiental en la industrialización de los hidrocarburos*, Prólogo, Ediciones del Jinete Insomne, Buenos Aires, 2015, p. 15.

para enfrentar este tipo de problemas inter e intra generacionales, como lo son los pasivos ambientales de RSU, que reclama una remediación y restauración de sitios por quienes están afectados y discriminados socio-territorialmente, por tener que soportar y convivir con sitios contaminados por los desechos generados por todos nosotros²⁶⁸.

7.- Referencias bibliográficas

- ACUMAR (Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo). “Plan maestro de gestión integral de residuos sólidos urbanos”, 2016, pp. 1-202. (<http://www.acumar.gob.ar/wp-content/uploads/2016/12/1610.pdf>).
- Banco Interamericano de Desarrollo. “Programa de gestión integral de residuos sólidos urbanos préstamo 3249/oc-ar.marco ambiental y social”, julio 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, Fondo de Cultura Económica, México, 2015.
- BELLVER CAPELLA, Vicente. “El movimiento por la justicia ambiental: entre el ecologismo y los derechos humanos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho XIII*, 1996, pp. 327-347.
- BERROS, María Valeria. *Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina*, tesis doctoral, Director: Gonzalo Sozzo, Co-directora: Marie-Angèle Hermitte, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, pp. 1-442.
- CAFFERATTA, Néstor A. “El derrotero de la defensa del medio ambiente”, en *LLBA* marzo 2008.
- GEORGE, C.J. “Justicia intergeneracional: la satisfacción de las necesidades y no de la codicia”, 2012, p. 33 (http://www.socialwatch.org/sites/default/files/JusticiaIntergeneracional2012_esp.pdf).
- GIMÉNEZ VERA, Mariela - CARDOZO CARRERA, Carlos Ricardo. “Localización óptima de relleno sanitario aplicando técnicas multicriterio en sistemas de información geográfica (sig) en el área metropolitana del alto Paraná”, Actas del VII Congreso de Medio Ambiente /AUGM, La Plata, 22 al 24 de mayo.
- GUIMARÃES, Roberto P. “Tierra de sombras: desafíos de la sustentabilidad y del desarrollo territorial y local ante la globalización corporativa”, CEPAL, División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos, Santiago de Chile, septiembre de 2003.
- LORENZETTI, Ricardo L. *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, 1995.
- LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Medio ambiente y derechos humanos: justicia ambiental y el caso de Rinconada de Maipú, pp. 355-379 (https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/Medio_Ambiente_Cambio_Clumatico_Derechos_Humanos_y_Developmento/Medio_Ambiente_y_Derechos_Humanos_Justicia_Ambiental_caso_Rinconada_Maipu.pdf).
- Ministerio de Salud y Ambiente y Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, Argentina. “Estrategia Nacional para la gestión integral de residuos sólidos urbanos (ENGIRSU), septiembre 2005, págs.1-168.
- Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. “Núcleo socio-productivo estratégico reciclado de distintas corrientes de residuos”, año 2013.
- Ministerio del Interior y Transporte. Secretaría de Asuntos Municipales. “Gestión integral de residuos sólidos urbanos”, pp. 1-51 (https://www.mininterior.gov.ar/municipios/pdfs/SAM_03_residuos_solidos.pdf).
- MORALES LAMBERTI, Alicia. “Derechos de la Naturaleza y justicia ecológica intergeneracional”, en Congreso de Justicia Inter generacional, Córdoba, 2018
- MORALES LAMBERTI, Alicia. “Ejercicio de facultades jurisdiccionales por el tribunal minero y orden público ambiental: Aspectos de inconstitucionalidad e incompatibilidad funcional”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Jornada de reflexión sobre derecho ambiental, 2008.
- MORALES LAMBERTI, Alicia. “Los derechos humanos en el Código Civil y Comercial, como fuente de integración hermenéutica y reconocimiento axiológico en la aplicación del derecho ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, junio-septiembre N°43, 2015.

²⁶⁸ MORALES LAMBERTI, Alicia. “Los derechos humanos en el Código Civil y Comercial, como fuente de integración hermenéutica y reconocimiento axiológico en la aplicación del derecho ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, junio-septiembre N°43, 2015, p.161.

- MORALES LAMBERTI, Alicia. *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*, Alveroni, Córdoba, 2008.
- Observatorio Petrolero del Sur. Polos. *La injusticia ambiental en la industrialización de los hidrocarburos*, Ediciones del Jinete Insomne, Buenos Aires, 2015.
- PIZARRO, Roberto. *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*, CEPAL, ISSN 1680-8770, Santiago de Chile, febrero 2001, pp. 1-69.
- ROSSOTTOIO RIS, Antônio Augusto. “O Que é Justiça Ambiental”, em *Ambiente & Sociedade*, Campinas v. XII, n. 2, jul.-dez. 2009, pp. 389-392.
- RODRIGUES, Arlete M. *Produção e consumo do e no espaço: problemática ambiental urbana*, HUCITEC, São Paulo, 1998.
- TORRES, Oliver. *Inflamable, estudio del sufrimiento ambiental*, Reseña en *Iconos Revista de Ciencias Sociales* Nro. 32, Flacso-Ecuador, septiembre 2008, pp. 172-174.
- Unidad de Planificación Minero Energética (UPME). “Metodología para la valorización de pasivos ambientales en el sector eléctrico”, Colombia, 2002.
- UYERO, Javier - SWISTUN, Débora. *Inflamable. Estudio del sufrimiento ambiental*, Paidós, Buenos Aires, 2008.

PREMIO EN CONCURSO DE MONOGRAFÍAS

PRINCIPIO PRECAUTORIO: SU RECEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA (2003-2017)²⁶⁹

PRECAUTIONARY PRINCIPLE: ITS RECEPTION IN ARGENTINE JURISPRUDENCE (2003-2017)

DANIELA MELISA COMASTRI

Resumen: El objetivo del presente trabajo es analizar la recepción del principio precautorio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y examinar las causas ambientales relacionadas con la aplicación de este principio que llegaron a conocimiento del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en el período que va desde el año 2003 hasta la actualidad.

Palabras clave: Presupuestos mínimos - Principio precautorio – Causalidad - Activismo judicial.

Abstract: The objective of this paper is to analyze the reception of the precautionary principle in the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation, and to examine the environmental causes related to the application of this principle that came to the Superior Court of Justice of the Province of Córdoba, in the period from 2003 to the present.

Key words: Minimum standards - Precautionary principle - Causality - Judicial activism.

Sumario: 1. Introducción.- 2. Cuestiones preliminares.- 3. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- 4. Jurisprudencia del Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba.- 5. Relación de síntesis.- 6. Bibliografía.-

“El desafío urgente de proteger nuestra casa común incluye la preocupación de unir a toda la familia humana en la búsqueda de un desarrollo sostenible e integral, pues sabemos que las cosas pueden cambiar”
Encíclica *Laudato Si*, Francisco I

1.-Introducción

Desde la Reforma Constitucional de 1994, en Argentina se le reconoce jerarquía constitucional al derecho de toda persona a gozar de un ambiente sano. Este reconocimiento no es una mera expresión de buenos y deseables propósitos, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo un derecho preexistente*”²⁷⁰. Se trata de un derecho que presenta una doble faz, como derecho

²⁶⁹Este trabajo presentado bajo el seudónimo *MENTHEAE* fue distinguido con “PRIMERA MENCIÓN” en el Concurso de Monografías 2017 sobre el tema “Rol normativo de los principios generales del derecho ambiental”, organizado por el Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales y el Instituto de Derecho Internacional Público, ambos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales-sección Córdoba (CARI-Córdoba) y el Instituto Argentino Chile no Cultura-sección Córdoba). El seudónimo *Menthae* ha correspondido a la Abogada Daniela Melisa Comastri.

²⁷⁰ CSJN, Sentencia del 20/06/2006, “Mendoza Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”, M.2771.XLI, Fallos 329:2316.

personalísimo inherente a la persona humana y como derecho colectivo que pertenece a un número indeterminado de personas al mismo tiempo²⁷¹.

La incorporación del artículo 41 de la Constitución Nacional, implica un momento bisagra para el derecho ambiental, ya que reconoce en forma expresa el derecho de toda persona de gozar de un ambiente al que adjetiva como sano, equilibrado y apto para que las actividades productivas satisfagan las necesidades humanas actuales sin comprometer las de las generaciones futuras, adoptando la sustentabilidad como nuevo paradigma de desarrollo²⁷².

La manda constitucional es plenamente operativa, y ha dado origen al conjunto de leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental²⁷³, sancionadas conforme al reparto de competencias establecido en la Carta Magna, entre las que se destaca la Ley General del Ambiente N° 25675, cuya aplicación ha generado promisorios avances en la doctrina y en la jurisprudencia ambiental.

Sin embargo, la diversidad y complejidad de los casos reales exceden las previsiones del legislador. Los conflictos ambientales son novedosos, incluyen cuestiones como la liberación de organismos genéticamente modificados al ambiente, la contaminación electromagnética, el uso de agroquímicos, nanotecnologías; a ello se adiciona que en el campo científico existe multiplicidad de opiniones y posiciones (en algunos casos contrapuestas) que, a su vez, suelen reflejar los intereses de los diferentes sectores involucrados.

Los magistrados son quienes, deben tomar decisiones en un contexto de incertidumbre, en casos ambientales complejos, además de analizar la razonabilidad de las decisiones tomadas por la administración y resolver causas judiciales en el marco de conflictividad social que siempre signa los problemas ambientales, a lo que se adiciona la relación de causalidad y dependencia mutua existente entre lugares contaminados, enfermedad y pobreza²⁷⁴.

El objetivo del presente trabajo es analizar la recepción del principio precautorio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), y examinar las causas ambientales relacionadas con la aplicación de este principio que llegaron a

²⁷¹ Se trata de un derecho humano anterior a la Constitución misma, que previo a la Reforma se encuadraba en el artículo 33 de la Constitución Nacional, referido a los derechos implícitos, o bien en los denominados intereses difusos o colectivos. Mucho antes de la Reforma Constitucional, se reconoció el derecho a un ambiente sano en el célebre fallo “Kattan” sobre la caza de especies de toninas overas en el que el juez señaló “(...) considero que el derecho de todo habitante a que no modifiquen su hábitat constituye -ya lo adelanté- un derecho subjetivo. En efecto, la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo, defender su “hábitat” constituye -a mi ver- una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensas (...)”. Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contencioso-administrativo Federal Nro. 2, sentencia del 10/05/1983 en “Kattan, Alberto E. y otro c. Gobierno Nacional -Poder Ejecutivo”, publicado en LA LEY 1983-D, 576.

²⁷² V. GUIMARÃES Roberto P.: “La ética de la sustentabilidad y la formulación de políticas de desarrollo” en ALIMONDA, Héctor [compilador] (2002): *Ecología Política. Naturaleza, sociedad y utopía* Clacso, Buenos Aires, p. 69 y ss.

²⁷³ Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la gestión de los PCBS N° 25670, Ley de Presupuestos Mínimos para la Gestión de Residuos de Actividades Industriales y de Servicio N° 25612, Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para garantizar el Derecho de Acceso a la Información Ambiental N° 25831, Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Preservación de las Aguas, su Aprovechamiento y Uso Racional N° 25688, Ley de Presupuestos Mínimos para la Gestión de Residuos Domiciliarios N° 25196, Ley de Presupuestos Mínimos para la Protección de los Bosques Nativos N° 26331, Ley de Presupuestos Mínimos para el Control de las Actividades de Quema N° 26562 y Ley de Presupuestos Mínimos para la Protección del Ambiente Glaciar y Periglacial N° 26639.

²⁷⁴ CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, Causa D.587. XLII. ORI.

conocimiento del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (TSJC), en el período que va desde el año 2003 (fallo “*Castellani*”) hasta la actualidad.

2.-Cuestiones preliminares

2.1.-Normas de presupuestos mínimos

La Reforma Constitucional de 1994 contiene una fuerte reivindicación de las provincias en materia de jurisdicción y de los derechos de dominio sobre los recursos naturales (artículo 124, correlativo del principio consagrado en el artículo 121 de la Constitución Nacional). Con el reparto de competencias creado a partir de la Reforma, corresponde al Congreso dictar las leyes de presupuestos mínimos en las que se definirá el daño ambiental.

Se creó una categoría especial, la de las leyes de presupuestos mínimos, en el artículo 41 de la Constitución Nacional que 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*”.

El contenido de las normas de presupuestos mínimos ha sido definido por el Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA), en su Resolución N° 92/2004, que considera presupuesto mínimo al umbral básico de protección ambiental que corresponde dictar a la Nación, y que rige en forma uniforme en todo el territorio nacional, como piso inderogable que garantiza a todo habitante una protección ambiental mínima, más allá del sitio en que se encuentre. La regulación del aprovechamiento y uso de los recursos naturales, constituyen potestades reservadas por las Provincias, no delegadas a la Nación (artículo 124 de la Constitución Nacional). En consecuencia, el objeto de las leyes de presupuestos mínimos debe ser el de protección mínima ambiental del recurso y no el de su gestión, potestad privativa de las provincias.

Las provincias pueden (y deben) establecer obligaciones y derechos superiores, que brinden un nivel mayor de protección ambiental, pero nunca inferiores a los presupuestos mínimos, por lo que en doctrina se habla de “*complementariedad maximizadora*” de las provincias²⁷⁵.

Dentro de este umbral básico de protección ambiental, se encuentra la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental N° 25675, sancionada en el año 2002, en la que se recepta, entre otros, el principio precautorio (artículo 4). Este principio también ha sido receptado en la Ley de Política Ambiental de la Provincia de Córdoba N° 10.208²⁷⁶, que complementa los presupuestos mínimos establecidos en la Ley Nacional N° 25.675, para la gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable en la Provincia de Córdoba.

2.2.- Principio Precautorio. Presupuestos. Relación de causalidad. Consideraciones éticas

²⁷⁵ BIDART CAMPOS, Germán (2000) *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, t. IA, Ed. Ediar, p. 239.

²⁷⁶ La ley es de orden público y se incorpora al marco normativo ambiental vigente en la Provincia (Ley N° 7343, normas concordantes y complementarias), modernizando y definiendo los principales instrumentos de política y gestión ambiental y estableciendo la participación ciudadana en los distintos procesos de gestión (artículos 1 y 2 de la Ley N° 10208). Se ha cuestionado la técnica legislativa de reproducir en forma textual las normas de la Ley 25675, lo que no resultaba necesario dado la vigencia del principio de congruencia receptado en el mismo art. 4 de la Ley 25675.

El Derecho Ambiental, como rama del derecho autónoma, posee principios propios que lo definen y caracterizan. Un principio es una norma jurídica y no una mera declaración, pero el grado de obligatoriedad es diferente de la regla de derecho, “*el principio, al ser indeterminado, es un mandato de optimización, es decir, obliga a hacer todo lo posible para alcanzar el objetivo*”²⁷⁷. La primera función que cumplen los principios es la de orientar al legislador para que las leyes que se dicten se ajusten a ellos. Tienen una función interpretadora, operando como criterio orientador del juez o del intérprete²⁷⁸.

Esa función hermenéutica es desarrollada por la propia Ley General del Ambiente 25675, al establecer que: “*la interpretación y aplicación de la misma, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la Política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios*”.

La Ley 25675 recepta expresamente el principio precautorio²⁷⁹ en su artículo 4, bajo la siguiente formulación: “*Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente*”.

El principio no puede ser invocado en cualquier situación, sino siempre que se verifique el “*peligro de un daño grave o irreversible*”. Debe identificarse una amenaza y un producto, una sustancia o una actividad; un daño futuro; y debe tratarse de un daño grave. Si bien este principio tiene varios elementos, este requisito es fundamental porque la precaución no actúa frente a cualquier tipo de situaciones, sino en casos extremos y donde exista una necesidad de hacerlo porque los daños serían irreversibles.

El daño potencial deriva de un fenómeno, producto o proceso que ha sido identificado, pero la evaluación científica no permite evaluar el riesgo con suficiente exactitud para actuar. Este elemento es clave para distinguir entre prevención y precaución: en la precaución se toman medidas aun frente a una amenaza incierta²⁸⁰.

²⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis (2008) *Teoría del Derecho Ambiental*, Ed. Porrúa, México. p. 88.

²⁷⁸ MORALES LAMBERTI, Alicia - NOVAK, Aldo (2005) *Instituciones de Derecho Ambiental*, Ed. Lerner, Córdoba, p. 102.

²⁷⁹ La primera expresión del principio de precaución surgió en Alemania en los años ´70, con el *Vorsorgeprinzip*, en el campo del derecho alemán del medio ambiente. En la misma década de 1970, el principio de precaución se extendió luego al Derecho internacional delineándose el mismo en la Conferencia de Estocolmo del Medio Ambiente de 1972. En 1982, con la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, se previó en su artículo 206 la protección y preservación del medio marino. Posteriormente, en la Segunda Conferencia Internacional relativa al Mar del Norte 1987, se adoptó una declaración reconociendo la necesidad de plasmar el principio precaución. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, lo contiene como principio 15: “*(...) Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*”. La República Argentina aprobó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, por Ley 24295 de 7/12/93, en cuyo texto también se instituye el mismo principio precautorio. En la Ley 24375, se establece que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza. De acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de este Convenio de Diversidad Biológica, la Conferencia de partes designó un Grupo Especial, que redactó el Protocolo sobre Bioseguridad de Cartagena, aprobado en el año 2000 en Montreal. Este Protocolo introduce en forma expresa el principio de precaución en la temática, según lo declara expresamente, el artículo 1, y el anexo III, metodología, de dicho documento. V. CAFFERATTA, NÉSTOR A. (2004) *Introducción al Derecho Ambiental*, Instituto Nacional de Ecología, México, p. 49 y ss. y DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Directora) (2007) *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Lerner Editora, Córdoba.

²⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis, op. cit., p. 94.

La incertidumbre ha sido definida como “*la imperfección en el conocimiento sobre el estado o los procesos de la naturaleza*”²⁸¹. Puede tener origen científico (complejidad de los sistemas y el desconocimiento de los efectos sobre los mismos de un ingreso o egreso no natural), modélico (variables seleccionadas en un sistema complejo para determinar las relaciones de causa-efecto) o fundamental (complejidad de un sistema único al que los modelos de análisis conocidos no le pueden ser aplicados, como es, por ejemplo, el comportamiento de la capa de ozono)²⁸².

Ahora bien, a raíz de este último presupuesto, surgen varios interrogantes. Entre ellos, qué sucede en estos casos con la relación de causalidad, considerada a su vez presupuesto esencial de cualquier daño, al menos desde la perspectiva clásica.

El Código Civil de Vélez definía las consecuencias inmediatas conforme a un criterio de probabilidad, como aquellas que acostumbran suceder según el curso natural y ordinario de las cosas. No es necesario que sobrevengan ineludible y forzosamente (criterio de necesidad), basta que ordinaria y comúnmente sucedan, *quod plerumque fit*: “*normalidad del acontecer*”²⁸³. Así, el artículo 906 del anterior Código Civil, texto introducido por la ley 17711, disponía que “*En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad*”.

Causalidad, en esencia, es probabilidad, es la posibilidad u oportunidad de que suceda un evento particular²⁸⁴. El concepto de “*causalidad adecuada*” implica el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la vida misma²⁸⁵.

El nuevo Código Civil y Comercial, en el artículo 1726, expresamente reconoce esta teoría: “*Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles*”.

No obstante su recepción legal, al momento de la aplicación de esta teoría en casos ambientales complejos se presentan diversos interrogantes: ¿qué criterio debe presidir la determinación de si un hecho se ajusta o no al curso regular de las cosas?, ¿debe utilizarse una sola teoría o varios criterios de imputación?, ¿cómo se aprecia la regularidad en fenómenos que ocurren por primera vez o que son infrecuentes?

Los científicos tienden a exigir un alto grado de prueba, que se acerca a la certidumbre total, para admitir una determinada relación de causa a efecto²⁸⁶; el Derecho, en cambio, busca en primer lugar, sobre los criterios que le son propios, encontrar al sujeto agente e imputarle la responsabilidad que le corresponda²⁸⁷. Por ello hay autores que señalan que el Derecho no crea causalidad, sino que, a lo sumo, se limita a hacer juicios de valor a

²⁸¹ “Enfoque Precautorio en Pesquerías” (FAO-Gobierno de Suecia, 1995), Incertidumbre y Riesgo (www.fao.org). Citado por DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Directora) (2007), op. cit., p. 60.

²⁸² UE Comisión-Comunicación de la Comisión, 2 de febrero de 2000, sobre el recurso al principio de precaución, COM (2000) 1 final no publicada en el Diario Oficial (www.europa.eu/scadplus/leg).

²⁸³ CAFFERATTA, NÉSTOR A., op. cit. p. 149.

²⁸⁴ LÓPEZ MESA, Marcelo J. (2008): El mito de la causalidad adecuada, en LA LEY 2008-B, 861, p. 4.

²⁸⁵ Cámara Primera de Apelación, Sentencia 62, en “Sagarduy, Alberto Omar c/ Copetro S.A. s/ Daños y Perjuicios”, Causa n° 232.609.

²⁸⁶ El paradigma de complejidad intenta incorporar lo azaroso como elemento creativo, dejando de lado la idea de un sujeto capaz de conocer y manipularlo todo. Dentro de este esquema, la labor con la incertidumbre es una incitación a la racionalidad. Las irregularidades, las inestabilidades, la relación devenida caótica entre el orden / desorden, las agitaciones, dispersiones, colisiones reaparecen en esta reconceptualización. El desorden no sólo se opone al orden, sino que coopera con él en la construcción de la organización. CAFFERATTA, NÉSTOR A. (2004): “Introducción (...)”, op. cit. p. 152.

²⁸⁷ Ídem.

partir de lo que le revela la ciencia; de allí, que ni siquiera corresponda hablar de “causalidad jurídica”, sino, lisa y llanamente, de “imputación”²⁸⁸.

El elemento causal también ha sido incluido en la definición legal de daño ambiental adoptada por la Ley 25675; “el daño ambiental puede ser causado por hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos, por acción u omisión”. Sin embargo, del análisis de lo dispuesto en los artículos 4 y 31 de la ley 25675, parecería surgir que la Ley General del Ambiente ha quitado al derecho ambiental del ámbito de aplicación de la causalidad adecuada²⁸⁹.

En virtud del principio precautorio, el peligro de daño grave o irreversible basta para que se deba tomar medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente, sin poder utilizar la excusa de la falta de causalidad adecuada o de certeza para impedirlo. Con ello, si la causalidad adecuada implica una “alta probabilidad” y el principio precautorio establece que la ausencia de información o certeza científica no puede ser tomada como excusa para la toma de decisiones eficaces en materia ambiental, podría inferirse que dicho régimen ha reducido las exigencias de la responsabilidad ambiental²⁹⁰.

Esta incertidumbre entra en colisión con el presupuesto de la causalidad. Señala Lorenzetti, que el principio reconoce que “una falsa predicción que afirme que una actividad no causará daño alguno es más dañosa para la sociedad que una falsa predicción de que una actividad causará daño”²⁹¹. Las consecuencias de los falsos negativos son mucho más graves que las derivadas de los falsos positivos.

Dada la complejidad de los ecosistemas, la predictibilidad y la certidumbre, con carácter pleno y definitivo, se tornan una utopía. El riesgo, como exposición a un eventual daño, suele considerarse endógeno en las sociedades modernas, como resultado directo de los desarrollos tecnológicos²⁹².

Por ello, a diferencia de la ciencia, el derecho materializado en el proceso judicial, exige decisiones, debiendo ser limitado temporalmente. Así, un científico, frente a la ausencia de evidencias científicas conclusivas, continuaría investigando, mientras que en el derecho, el proceso de toma de decisiones se basa en la prueba producida en autos, y debe tener una decisión aun ante la ausencia de pruebas (conclusivas). Hay en el derecho, una constante limitación temporal del proceso, sin que la decisión del juez pueda ser postergada a la espera de mayores pruebas en virtud de una actual incerteza científica²⁹³.

²⁸⁸ V. PRIETO MOLINERO, Ramiro J. (2014) “Causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2014-VI, 5.

²⁸⁹ En el segundo supuesto, de la responsabilidad colectiva, se introduce una “presunción de causalidad”, el artículo 31 primer párrafo de la ley 25675 establece: “Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable”. Esta norma comprende los casos de contaminación de fuente difusa, autores anónimos en los que participan varios sujetos a la vez, o existen varios autores a lo largo del tiempo en diferentes momentos.

²⁹⁰ Berros propone la idea de causalidad posible, apartándose de las teorías de causalidad clásicas como la teoría de la causalidad adecuada, lo que implica un giro epistemológico, “dada la emergencia de un modo de conocer que problematiza la racionalidad científica”. BERROS, María Valeria (2013) *Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina*, Tesis doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, p. 592.

²⁹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis (2008), op. cit. p. 97.

²⁹² DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Directora) (2007), op. cit. p. 60.

²⁹³ CARVALHO, Delton Winter (2011), “Aspectos probatórios do dano ambiental futuro: uma análise sobre a construção probatória da ilicitude dos riscos ambientais”, *Revista de Derecho Ambiental*, Lexis Nexis, Instituto el Derecho por un Planeta Verde Argentina, Tomo 28, octubre/diciembre 2011, p. 156.

La aplicación del principio precautorio, debería implicar en los casos de riesgos graves e irreversibles la necesaria inversión de la carga de la prueba sobre el productor, el fabricante o en general, el titular de la actividad o proyecto riesgoso²⁹⁴.

Por otra parte, las medidas que se adopten, presuponen el estudio de las ventajas y de las cargas derivadas de la acción o de la falta de acción (“*en función de los costos*”). Dicho estudio tendrá en cuenta los costos sociales y ambientales, la aceptación que pueden suscitar entre la población las distintas opciones posibles, e incluirá un análisis económico concediendo carácter prioritario a la protección de la salud pública²⁹⁵.

Desde un punto de vista ético es posible sostener que, mediante la aplicación del principio precautorio, se busca modificar el paradigma y colocar, al frente de los avances científicos, determinados valores y límites. En definitiva, procura “*incorporar la ética al desarrollo y a los procesos científicos, para que sea el ciudadano quien decida cómo utilizar la ciencia y cuál es el grado de tolerancia a los efectos secundarios nocivos que pueden derivar del progreso*”²⁹⁶.

Como enseña Guimarães, la sustentabilidad, principio receptado por la Ley General del Ambiente²⁹⁷, implica un nuevo paradigma de desarrollo, en el cual “*los objetivos económicos del progreso estén subordinados a las leyes de funcionamiento de los sistemas naturales y a los criterios de respeto a la dignidad humana y de mejoría de la calidad de vida de las personas*”²⁹⁸. Este paradigma en muchas oportunidades entra en colisión con el paradigma tradicional de prevalencia de los derechos patrimoniales individuales -puesto en jaque luego de la entrada en vigencia de normas expresas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación-, como se verá reflejado en el análisis de la jurisprudencia ambiental.

3.-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

3.1.-Postura denegatoria

La integración efectiva del principio precautorio en la jurisprudencia de la Corte, superando su postura tradicional denegatoria, es reciente. Hasta hace escasos años, la aplicación de la precaución frente a la amenaza de daños ambientales irreversibles y la ausencia de su certeza, implicaba colocar en cabeza del actor la carga de la prueba²⁹⁹.

Así, en la causa “*Asociación de Superficiarios de la Patagonia v. Y.P.F. S.A. y otros*”. Corte Suprema de Justicia de la Nación”, sentencia 13 de Julio de 2003, la mayoría de los jueces de la Corte Suprema rechazaron la acción, haciendo lugar a la excepción de defecto legal opuesta por la parte demandada, en virtud de que el actor no identificó a los causantes del daño ambiental ni los hechos en que se basaba.

La mayoría consideró que la trascendencia de los derechos en juego, no facultan al Tribunal, a desconocer uno de los contenidos insoslayables anclados en la Ley

²⁹⁴MORALES LAMBERTI, Alicia-NOVAK, Aldo (2005), op. cit. p. 116.

²⁹⁵ MORALES LAMBERTI, Alicia-NOVAK, Aldo (2005), op. cit. p. 112.

²⁹⁶ BENAVENTE, María I. (2012) “El legado del caso Salas”, *Revista de Derecho Ambiental*, Lexis Nexis, Instituto el Derecho por un Planeta Verde Argentina, Tomo30, abril junio2012, p. 32.

²⁹⁷ Principio receptado en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente: “*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*”.

²⁹⁸ GUIMARÃES Roberto P. (2002), op. cit. p. 69.

²⁹⁹ MORALES LAMBERTI, Alicia (2011) “Proceso Ambiental Urgente, Autónomo y Definitivo: Contornos Jurisprudenciales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, 25-08-2011, IJ-VL-467.

Fundamental, como es la garantía de la defensa en juicio. Sostuvieron que no obstan a tal conclusión las características especiales que presenta un “*proceso complejo*”, el interés público comprometido, la naturaleza del daño ambiental, la dificultad probatoria del nexo adecuado de causalidad entre el hecho o conjunto de hechos contaminantes y el eventual daño, ni el criterio que deberá adoptar el Tribunal para evaluar la prueba.

Sin embargo, en el voto minoritario, los Dres. Eugenio Zaffaroni y Juan Carlos Maqueda sostuvieron que la ponderación de los presupuestos que hacen al nexo causal debe llevarse a cabo a la luz de las particularidades de los bienes jurídicamente protegidos, de la naturaleza que los caracteriza y de los fines que se persiguen con su protección de jerarquía constitucional. Se desnaturalizan tales variables si se pretende revisar el conflicto aplicando categorías jurídicas que explican relaciones de derecho de sustancia distinta.

Por su parte, en “*Schröder, Juan c/ INVAP S.E. y E.N. s/ amparo*” - 04/05/2010, la Corte Suprema limitó la aplicación de este principio, al sostener que “*no se verifica un supuesto en que sea aplicable el principio de precaución en tanto no existe prueba alguna sobre la existencia de un peligro de daño grave o irreversible derivado de estos combustibles*”. Posteriormente, en la causa “*Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica*”, sentencia del 26/05/2010, la mayoría de la Corte desestimó la queja por no dirigirse el recurso extraordinario contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, ya que el pronunciamiento había revocado la medida cautelar por la cual se había dispuesto no innovar y ordenado a la Comisión Nacional de Energía Atómica (CONEA) que se abstuviera de modificar el estado actual de un yacimiento minero. Por su parte, en su disidencia, los Dres. Fayt, Maqueda y Zaffaroni sostuvieron que correspondía dejar sin efecto el pronunciamiento en crisis, por entender que había omitido realizar un balance provisorio entre la perspectiva del acaecimiento de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, principalmente a la luz del principio precautorio.

En la causa “*Alarcón, Francisco y otros c/ Central Dock Sud SA y otro*”, sentencia del 28/09/2010, la mayoría del Tribunal desestimó la queja, por considerar que el recurso extraordinario cuya denegación la originó no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal. En su disidencia, los Jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Fayt, sostuvieron que correspondía dejar sin efecto la sentencia que, con sustento en lo dispuesto en el artículo 32 de la ley 25675 y en el artículo 204 del Código de Procedimientos Civil y Comercial, dispuso una medida precautoria distinta a la solicitada por los actores y ordenó la realización de gestiones tendentes a prevenir los posibles daños que la electropolución provoca en el ambiente, y estableció que ambas partes debían concertar los acuerdos necesarios para la preservación de los derechos de aquéllos, ya que se había excedido el marco de las facultades previstas en el artículo 4° de la ley 25675, con afectación de los principios del debido proceso y de la defensa en juicio.

La aplicación del principio precautorio, como principio jurídico de derecho sustantivo, es una guía de conducta. Sin embargo, el límite de dichas facultades está dado por el respeto a los principios del debido proceso y de la defensa en juicio. En efecto, cabe recordar, por un lado, que el Tribunal debe intervenir cuando las elaboraciones de los magistrados anteriores en grado llevan a un pronunciamiento *ultra petita* que lesiona los referidos principios, y, por otro lado, que no corresponde a los jueces extender el principio *iura novit curia* a apartarse de lo que resulte de los términos de la demanda o de las defensas planteadas por los demandados³⁰⁰.

³⁰⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 28/09/2010 en “*Alarcón, Francisco y otros v. Central Dock Sud SA y otro*”.

3.2.-La causa “Salas, Dino”

A fines del año 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el reclamo de un conjunto de personas, organizaciones, comunidades indígenas y campesinas de la provincia de Salta que plantearon una acción contra los Estados provincial y nacional, por el cese y la recomposición del daño ambiental ocasionado por los desmontes en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria de esa provincia.

En el caso “*Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo*”³⁰¹, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por aplicación del principio precautorio, hizo lugar a la medida cautelar solicitada ordenando de manera provisional, el cese de los desmontes y talas de bosques nativos en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria, autorizados por la provincia de Salta durante el último trimestre del año 2007 y convocando a una audiencia pública, en virtud de que durante el último trimestre del año 2007 se habría verificado un abrupto incremento en los pedidos de autorizaciones a esos efectos, en virtud de la inminente sanción de la Ley Nacional de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos N° 26331.

La Corte Suprema sostuvo, que en el caso se demostró claramente que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero sin efectuar ningún estudio relativo al efecto acumulativo de todas las autorizaciones. La aplicación del principio precautorio en este caso, “*obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos*”³⁰².

Los impactos acumulativos que surgen de considerar distintos proyectos o de diversa índole en la misma ecoregión³⁰³ son de muy difícil predicción. Por ejemplo, un solo proyecto puede tener una contribución no-significativa, pero el efecto conjunto de la ejecución de los proyectos podría ser significativo.

El principio precautorio se encuentra receptado específicamente en la legislación de los bosques nativos, en el artículo 3 de la Ley 26331: “*Son objetivos de la presente ley: (...) inc. d) Hacer prevalecer los principios precautorio y preventivo, manteniendo bosques nativos cuyos beneficios ambientales o los daños ambientales que su ausencia generase, aún no puedan demostrarse con las técnicas disponibles en la actualidad*”.

Sin duda, bajo la invocación del principio precautorio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aun a sabiendas de su incompetencia, se anticipó a cualquier decisión que pudiera resultar adversa para los intereses, no sólo de los pueblos nativos involucrados, sino también de la biosfera, haciéndose cargo del daño ambiental que podría llegar a causar una tala indiscriminada de bosques³⁰⁴. La Corte aplicó el principio precautorio, y sostuvo que el mismo produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. No se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. Por el contrario,

³⁰¹ CSJN, sentencia del 29/12/2008 en “*Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo*”, S. 1144. XLIV.

³⁰² CSJN, sentencia del 26/03/2009 en “*Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo*”, S. 1144. XLIV.

³⁰³ Eco región: área extensa de tierra que contiene un conjunto geográficamente distintivo de comunidades naturales que comparten la mayoría de sus especies y dinámicas ecológicas, como así también condiciones ambientales similares que interactúan ecológicamente de manera determinante para su subsistencia a largo plazo. ATALA, D. - BAUDO, F. - ÁLVAREZ IGARZABAL, M. A. - FERNÁNDEZ, F. - MEDINA, A. (2008) *Proceso y Programa de Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos de la Provincia de Córdoba*, Secretaría de Ambiente de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Argentina, p. 41.

³⁰⁴ BENAVENTE, María I. (2012), op. cit.

el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios.

En sentido similar, en la causa “*Cirignoli Sebastián*”³⁰⁵, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes resolvió que existe un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio, cuando se trata de arroceras que utilizan diversos compuestos químicos que van al suelo, luego necesariamente a las aguas del Iberá y cuyo efecto acumulativo nunca fue estudiado³⁰⁶.

En estos dos antecedentes jurisprudenciales, la aplicación del principio precautorio se fundamentó en la falta de evaluaciones ambientales estratégicas³⁰⁷ que contemplen los efectos de todas las autorizaciones otorgadas, que si bien individualmente podrían ser inocuas, en su conjunto representaban un peligro de daño grave de daño ambiental para ambos ecosistemas (tanto para el Bosque Chaqueño como para los Esteros del Iberá).

De esta manera, en el caso “*Salas*”, el Máximo Tribunal de la Nación, superando su original postura denegatoria, ha ponderado la clara inversión de la carga de la prueba -y sus alcances-, que implica el principio de precaución, 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 que tenga un rol más activo 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 individuo o al medio ambiente³⁰⁸.

³⁰⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes - Sala IV – sentencia del 10/04/2006 en “*Cirignoli Sebastián c/ Ramón Aguerre y/o quien resulte responsable y/o quien resulte propietario de la Estancia Rincón De Uguay y/o quien resulte responsable e Instituto Correntino del Agua y el Ambiente (ICAA) s/ ACCIÓN DE AMPARO AMBIENTAL*”, Expediente N° 2743.

³⁰⁶ Situado en el noroeste de la provincia de Corrientes, los Esteros del Iberá cubren una superficie de 1,3 millones de hectáreas, conforman un ecosistema que presenta gran diversidad de especies de peces, anfibios, reptiles, aves y mamíferos. Los humedales más destacables corresponden a lagunas de diversas superficies dispuestas a lo largo del eje mayor de la cuenca. Cuenta con el máximo estatus jurídico de protección que la normativa provincial otorga, habiendo sido declarados como “Reserva Provincial” por medio de la ley 3771 y luego transformado en Parque Provincial, mediante decreto ley N° 18. Además, en la reciente constitución reformada de la provincia, los Esteros del Iberá fueron declarados patrimonio estratégico, natural y cultural de la provincia de Corrientes. Asimismo, en el año 2002, dicho ecosistema fue reconocido a nivel internacional por el Programa RAMSAR de Conservación de Humedales. V. NÁPOLI, Andrés (2010): “El terraplén ilegal del Iberá: un caso paradigmático para la defensa del ambiente” en *Ambiente Sustentable II*, Obra colectiva del Bicentenario, Tomo II (Amancay Herrera Coord.), Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mercedes, Buenos Aires, Orientación Gráfica Editora, pp. 357/370.

³⁰⁷ La identificación de los posibles efectos acumulativos de distintas acciones se encuentra prevista en instrumentos normativos. En la provincia de Córdoba, el Decreto N° 170/11 de Reglamentación de la Ley de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos N° 9814, en su Anexo II, Términos de Referencia para las Intervenciones sobre el Bosque Nativo, define: Identificación: En la identificación se elige o diseña una estrategia o método para señalar en cada acción relevante del proyecto, los valores ambientales y/o sociales que serán de alguna manera modificados positiva o negativamente. Predicción: Luego de señalar los valores ambientales y sociales que serán alterados de manera positiva o negativa, es necesario caracterizar el impacto identificado. En este sentido se debe analizar y estimar la característica del impacto acumulativo: si bien del análisis individual de cada acción del proyecto es posible concluir que su impacto es no-significativo, en ocasiones, los efectos acumulativos de distintas acciones pueden resultar en impactos significativos. La Ley de Evaluación de Impacto Ambiental (Ley 5067) de la Provincia de Corrientes expresamente lo contempla: “Art. 7° (...).15.- *Efecto Sinérgico: Aquél que se produce cuando el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes supone una incidencia ambiental mayor que el efecto suma de las incidencias individuales, también aquél que en el tiempo induce la aparición de otros nuevos*”.

³⁰⁸ CSJN, sentencia del 29.12.2008 en “*Salas, Dino y otros c/Salta, provincia de y Estado Nacional s/Amparo*”, Causa S. 1144. XLIV. ORI.

3.3.- Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vinculada con el principio precautorio

De la jurisprudencia analizada es posible observar, que tanto al momento de dictar sentencia o en el dictado de medidas cautelares, el principio precautorio puede ser utilizado para gestionar riesgos. Como dispone el principio en su formulación legal, la falta de certeza científica no obsta a que se adopten todas las medidas necesarias para evitar el daño. Por ello, en casos de desconocimiento sobre un producto, una tecnología, determinada sustancia, su aplicación deviene ineludible. El principio precautorio invierte la carga de la prueba y es el fabricante, el productor, el aplicador, la autoridad administrativa, quien deberá demostrar la inocuidad del producto o tecnología.

Con gran acierto se sostuvo *“la realización de ciertas actividades o empleo de determinadas tecnologías cuyas consecuencias hacia las personas o medio ambiente sean inciertas, pero potencialmente graves, deben ser restringidas hasta que dicha incertidumbre sea resuelta en su mayor parte”*³⁰⁹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación continúa a partir del caso *“Salas, Dino”*, una tendencia que venía desarrollándose en otras instancias jurisdiccionales de la República Argentina³¹⁰. Sin embargo, reconoce la existencia de límites en la aplicación de este principio, derivados de otros derechos y garantías constitucionales como el derecho de defensa en juicio y el debido proceso.

4.-Jurisprudencia del Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba

³⁰⁹ Cámara Federal de La Plata, sala 3ª, 10/03/2009 en “Romero, Alicia B. v. Colgate Palmolive Argentina S.A. Cámara Federal de La Plata”.

³¹⁰ La recepción del principio precautorio en nuestra doctrina judicial, se basó en la duda científica para determinar si los campos electromagnéticos de frecuencia extremadamente baja, pero de exposición a largo plazo, constituyen la causa de afecciones cancerígenas, en relación a una planta transformadora de media tensión a baja tensión, denominada ‘Subestación Sobral’, ubicada en Ezpeleta, Partido de Quilmes en Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, 8 de julio 2003, “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ENRE - EDESUR s/cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora”. Véase: MORALES LAMBERTI, Alicia (2011): “Proceso Ambiental (...)”, op. cit. También resulta necesario mencionar los autos “Peralta, Viviana c/Municipalidad de San Jorge”, en el que se dictaron tres resoluciones, la sentencia del Juzgado de San Jorge del 10/06/2009, la sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Santa Fe del 09/12/2009 y la sentencia del Juzgado de San Jorge del 21/02/2011. Véase: LORENZETTI, Pablo (2011): Agroquímicos *versus* principio precautorio, ¿una opción trágica?, *Revista de Derecho Ambiental* N°27, julio-septiembre 2011, p. 91. El proceso comenzó con la demanda de vecinos de un barrio de la ciudad de San Jorge, provincia de Santa Fe, contra la Municipalidad, la Provincia, los propietarios y usufructuarios de los campos aledaños con el objeto de que se prohíba fumigar con agroquímicos en una distancia no menor a 800 metros del ejido urbano para las aplicaciones terrestres y de 1500 metros para las fumigaciones aéreas. En la primera resolución el magistrado sostuvo que, sobre la base de las pruebas producidas, que existe un alto grado de probabilidad de que los daños denunciados se deban a la aplicación de agroquímicos, pese a que no haya una certeza absoluta de ello, y que la parte demandada no produjo prueba alguna que contribuya a desvirtuar esta conclusión. El juez en base a los principios de responsabilidad, equidad intergeneracional, sustentabilidad y principalmente, en el principio precautorio, para hacer lugar al amparo prohibiendo las fumigaciones en las distancias mencionadas. En segunda instancia, se confirmó la sentencia apelada, a excepción de la condena a la Municipalidad de San Jorge, pero indicando un plazo de seis meses desde que quedó firme la sentencia, ordenando en dicho lapso la producción de informes del Ministerio de Agricultura de la Provincia y de la Universidad Nacional de La Plata, y la realización de estudios por parte del Ministerio de Salud de la Provincia. En la sentencia del Juez de grado de fecha 21/02/2011, ya producidos los informes del Ministerio de Salud y de la Universidad, el magistrado resolvió la continuación de las prohibiciones. Sostuvo que los informes no aportaron elementos convincentes que demuestren la inocuidad del herbicida, *“esta afirmación confirma la aplicación del principio precautorio como elemento para invertir la carga de la prueba sobre la dañabilidad del producto”*.

4.1. “Castellani, Carlos y E. y otros s/amparo”, sentencia del 11 de marzo de 2003

Como primer antecedente se encuentra la causa “*Castellani*”, en la que se solicitaba la suspensión de la autorización para instalar antenas de telefonía celular en la localidad de Oncativo, Provincia de Córdoba³¹¹.

Las antenas no se encontraban en funcionamiento y el objetivo de la acción de amparo consistía en lograr suspender la instalación -o una eventual erradicación- de cuatro antenas de telefonía móvil, ya su puesta en marcha implicaría la violación de derechos que integran el plexo constitucional como son el ambiente, la salud y la propiedad.

En la primera instancia el Juzgado de Instrucción, Menores y Faltas de Río Segundo rechazó la acción por considerarla no idónea, lo que fue confirmado por la Cámara de Acusación de Córdoba. Finalmente, el TSJC decidió por mayoría confirmar la resolución, declarando improcedentes los recursos planteados.

El TSJC sostuvo que, toda vez que las probanzas arrojadas al proceso no lograron demostrar la potencialidad del electromagnetismo para producir los daños a la salud o al medioambiente, y consideró que el hecho era meramente conjetural y, por ende, carente de base fáctica, y que el amparo carece de idoneidad en aquellos casos en los que se trabaja con cuestiones opinables que requieren de debate y prueba.

Para el Tribunal, ante la falta de certeza se está por la realización de la actividad, hasta tanto se compruebe que existe efectivamente peligro de causación de daños en la salud o en el ambiente.

Sin embargo, el voto de la minoría en disidencia sostuvo que si de la falta de certeza se deriva un riesgo para la salud humana y para el ambiente, ante la contingencia o proximidad de la producción de daños la misma falta de certeza determina la existencia de un riesgo consistente en la eventualidad de que los daños en definitiva se puedan producir. La esencia del principio de precaución es que la sociedad no puede esperar hasta que se conozcan todas las respuestas, antes de tomar medidas que protejan la salud humana o el ambiente de un daño potencial. La precaución es necesaria cuando dos circunstancias se presentan a la vez: a) falta de certidumbre científica y b) amenaza de daño al ambiente o a la salud humana³¹².

4.2. “Chañar Bonito S.A. c/ Municipalidad de Mendiolaza s/amparo”, sentencia del 18 de septiembre de 2007

Otra sentencia de mucha resonancia es la dictada en “*Chañar Bonito*”, en el que se cuestionó la constitucionalidad de la Ordenanza N° 390/2004 de la localidad de Mendiolaza, que declara a la localidad libre de agroquímicos, prohíbe el uso de productos fitosanitarios en su territorio y, establece el estímulo a las producciones agropecuarias alternativas³¹³.

La causa fue resuelta en última instancia por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, que revocó los decisorios anteriores que habían rechazado el amparo por dos razones: que la normativa local forma parte de una construcción

³¹¹ Comentario a la sentencia en CAFFERATTA, Néstor (2003) “El principio precautorio”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año V. N° 6, Ed. La Ley.

³¹² Ibidem.

³¹³ Comentada por MORALES LAMBERTI, Alicia (2004) “Conflictos de reglas, principios y paradigmas en la decisión de un caso ambiental complejo: agroquímicos y facultades locales”; *Revista de Derecho Ambiental* N°14, Abeledo Perrot.

constitucional ya que dota de contenido la distribución competencial que prevé el artículo 41 de la Constitución Nacional en materia de legislación de presupuestos mínimos sin excederse del ámbito de la autonomía municipal conforme lo estipulado no sólo en la Carta Magna nacional sino, también, en la Constitución de la Provincia de Córdoba; que no se cumple con el requisito de daño actual o inminente.

En la tercera instancia estos argumentos fueron rebatidos, y se hace lugar al amparo declarándose la inconstitucionalidad de la norma municipal. La línea argumental que se presenta por el TSJC se centra en el tema competencial y descarta de todo análisis la problemática ambiental y la aplicación del principio precautorio, a diferencia de lo sucedido en otras jurisdicciones.

El máximo tribunal provincial sostuvo que el principio de legalidad comporta un axioma de derecho en virtud del cual la norma emitida por una jerarquía piramidal superior prevalece respecto de la norma inferior generada como consecuencia de la aplicación de aquella; que si bien la materia regulada en materia de agroquímicos atañe a las potestades de regulación y fiscalización propias del ejercicio del poder de policía de la comuna en materia de salubridad, dicho ejercicio debe subordinarse al régimen jurídico vigente en el Estado federal, al cual no puede desconocer sin un tinte científico, técnico o local que justifique tal proceder toda vez que es claro que la temática de los compuestos químicos de aplicación a la producción agropecuaria desborda los intereses locales de los municipios al involucrar cuestiones que interesan a la Nación toda, circunstancia en mérito a la cual se le ha conferido al gobierno federal el establecimiento de sus bases.

4.3.- “Benatti, Víctor Hugo c/ Municipalidad de Villa Allende - Plena Jurisdicción - Recurso de Casación”, sentencia N° 3 de fecha 16/02/2012³¹⁴

El fallo es el corolario de una serie de resoluciones judiciales que intentaron dar respuesta a la situación vivida por vecinos del Municipio de Villa Allende, que sufren la afectación a su salud desde hace más de dos décadas por las actividades de cremación de cadáveres y de incineración de residuos patógenos³¹⁵, desarrolladas por la empresa CIVA (Complejo de Incineración Villa Allende).

Anteriormente la empresa había demandado a la Municipalidad, a los fines de que se declarara la inconstitucionalidad o inaplicabilidad respecto de su parte del art. 1° de la resolución que dispuso el cese precautorio de la actividad que desarrolla el crematorio Nuestra Señora del Valle, el Juez de Control³¹⁶ rechazó la medida cautelar y la acción de amparo, decisión confirmada por la Cámara del Crimen N° 11³¹⁷.

Posteriormente, la Municipalidad de Villa Allende mediante las resoluciones 72/2005 y su confirmatoria, la resolución 98/2005, dispuso el cese definitivo de la actividad de cremación, como corolario final de un proceso de cierres preventivos, informes

³¹⁴Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia N° 3 de fecha 16/02/2012 en “Benatti, Víctor Hugo c/ Municipalidad de Villa Allende- Plena Jurisdicción- Recurso de Casación” (Expte. Letra "B", N° 22, iniciado el veinte de noviembre de dos mil ocho). Doctores Domingo Juan Sesín, Aída Lucía Teresa Tarditti y Armando Segundo Andruet (h).

³¹⁵ Si bien la misma empresa desarrollaba ambas actividades, las competencias en materia de fiscalización provincial y municipal son diferenciadas. Respecto de la incineración de residuos patógenos ver Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala Contencioso Administrativa, sentencia del 4/5/2010, en “Benatti, Víctor H. v. Agencia Córdoba Ambiente SA”, comentado por MORALES LAMBERTI, Alicia (2010): “Principio precautorio: causalidad, proporcionalidad y ponderación de la prueba en la actuación administrativa”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 23, Abeledo Perrot, junio-agosto 2010, pp. 201/244.

³¹⁶ Juzgado de Control de Córdoba N° 6, 16/5/2005, “Benatti, Víctor H. v. Poder Ejecutivo de la Municipalidad de Villa Allende - amparo”, Expediente 118.595, amparo 33/2004, sentencia N° 79.

³¹⁷ Cámara del Crimen N° 11, Auto N° 17 del 28/12/2004 en “Benatti, Víctor H. v. Poder Ejecutivo de la Municipalidad de Villa Allende - amparo”.

etiológicos y epidemiológicos previos y decisorios que ordenaron el cese preventivo, precautorio y temporario de la actividad de cremación³¹⁸, resoluciones impugnadas en el fallo en estudio.

Cabe señalar que si bien tanto en las instancias inferiores como en el TSJC se hace referencia al principio precautorio en las resoluciones dictadas, el caso propiamente no reúne los presupuestos del principio ya que incluso existía prueba de la afectación a la salud de los vecinos del municipio causada por las actividades del actor. Sin embargo, resulta llamativo el análisis doctrinario que realiza el tribunal del principio precautorio, en un extenso fallo, para finalmente resolver condenar al Municipio a indemnizar al particular, incluso en contra de lo sentado por la CSJN en el célebre fallo “Saladeristas de Barracas”, también citado en su sentencia por el TSJC³¹⁹.

En la sentencia el máximo tribunal provincial consideró, que la revocación de un acto regular se refiere a la prerrogativa estatal de extinguir un acto administrativo válido, de oficio, a iniciativa de la propia Administración que lo ha dictado, en tanto hechos nuevos o una nueva valoración de la decisión inicial provocan un desajuste grave entre sus efectos y el interés público. Lo esencial es que efectiva y realmente el interés público requiera, para su satisfacción, que el acto sea revocado, pues la revocación no puede ser irrazonable o con desviación de poder.

El TSJC entendió que la revocación de la habilitación para funcionar implica el ejercicio de un acto discrecional de la administración que realiza una nueva valoración de los hechos, que no debe ser soportado por el administrado y que genera responsabilidad del estado municipal, en forma análoga a lo que sucede en la expropiación.

4.4.- Cemincor y Otra c/Superior Gobierno de la Provincia – Acción declarativa de inconstitucionalidad”. Sentencia N° 9 del 11/08/2015

Si bien la causa no está relacionada con la aplicación del principio precautorio propiamente, este fallo tiene relevancia ya que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ) ratificó la plena constitucionalidad de la Ley N° 9526, en tanto prohíbe la actividad minera metalífera cuando se realice bajo la modalidad “a cielo abierto” o cuando para ello se utilicen sustancias como el cianuro, el mercurio y otras calificadas como peligrosas, rechazando la acción declarativa de inconstitucionalidad que habían planteado los representantes de la Cámara Empresaria Minera de la Provincia de Córdoba (Cemincor) y de la Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Actividad Nuclear (APCNEAN).

El TSJC consideró que las nociones de progreso económico y justicia social incorporadas en el inciso 19 del artículo 75 de la Constitución Nacional consolidan la naturaleza constitucional del derecho a la salud. Ambas expresiones, como fin asignado al accionar de los poderes públicos, exigen ponderar prioridades básicas que deben ser satisfechas, y entre ellas la salud adquiere una relevancia sustantiva.

El tribunal sostuvo que los derechos, entre ellos la libertad de empresa, no son absolutos sino que están sujetos, en su ejercicio, a reglas y limitaciones indispensables para el orden y la convivencia social.

³¹⁸ MORALES LAMBERTI, Alicia (2012): “Actuación legítima del poder de policía ambiental: ¿deber constitucional en defensa del interés público o decisión política y discrecional que genera responsabilidad de la administración?”, Revista de Derecho Ambiental, N° 30, Abeledo Perrot, abril-junio- 2012, p. 212.

³¹⁹ En este sentido, las normas expresas contenidas en el nuevo CCCN refuerzan la protección ambiental (art. 14, 240, 241 y cc.).

3.5.- “Gremio, María Teresa y Otros c/ Corp. Intercomunal para la Gestión Sustentable de los Resid. del Area Metrop Cba. S.A. (Cormecor S.A.) - Amparo (Ley 4915), Auto N° 43 del 17/05/2017

En este caso, la parte demandada, Corporación Intercomunal para la Gestión Sustentable de los Residuos del Área Metropolitana Córdoba S.A., en adelante CORMECOR, interpuso recurso de apelación en contra de la medida cautelar resuelta por Auto N° 286 de fecha cuatro de octubre de dos mil dieciséis, dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Sexta Nominación de esta ciudad en cuanto resolvió “I.- Ordenar a la demandada CORMECOR, por razones ambientales de urgencia y en virtud de los principios precautorio y preventivo, que se abstenga de ejecutar toda obra de instalación de la planta de tratamiento de residuos domiciliarios dentro del predio señalado en la demanda de amparo, hasta tanto se realicen los estudios de impacto ambiental en toda la zona de influencia, finalice el procedimiento previsto por el marco normativo específico en materia ambiental y se resuelva la cuestión de fondo, todo en función de lo establecido en el capítulo IV de la ley 10208 y sus correlativos de la L.G.A. 25675 (...)”.

El TSJC confirmó parcialmente la cautelar, y puso de relieve el rol del juez en estos procesos, al señalar que en el marco del régimen ambiental cordobés, el legislador provincial ha otorgado competencia para entender en estas acciones al Poder Judicial, sin mayores requerimientos ni restricciones procesales o formales y temporales (art. 72, 1° párrafo); confiriéndole a los magistrados actuantes amplias facultades en relación a la valoración de la magnitud de los daños o amenazas a los intereses difusos y/o derechos colectivos comprometidos (art. 72, 2° párrafo); pudiendo ordenar de oficio la producción de medidas de prueba no propuestas por las partes o complementarias de ellas, decretar las que estime necesarias para mejor proveer en cualquier estado de la causa y dictar todas las providencias pertinentes en cuanto a las diligencias a practicarse, todo ello antes de arribar a la sentencia definitiva sobre el fondo de la cuestión (art. 74).

Sin perjuicio de ello, también se puntualizó que, aun en el caso del amparo ambiental, la actividad judicial siempre deberá estar presidida por la clara comprensión de las diferencias existentes entre el proceso ambiental que tiene lugar ante la autoridad de aplicación de la Administración pública; y el control judicial de juridicidad de los diferentes planteos emanados como consecuencia de tales actuaciones administrativas. Ello sin perder de vista el carácter excepcional que reviste la actividad judicial durante el desarrollo de aquél proceso específico, y debiendo estar supeditada siempre a garantizar la tutela judicial efectiva de quienes sientan amenazados o lesionados sus derechos constitucionales, pero con la adecuada prudencia y razonabilidad que impone considerar que su actuación en el marco del amparo (L. 4915) o del amparo ambiental (LPA 10208), deberá procurar no convertirse en un impedimento para la gestión de las políticas y funciones ambientales a cargo de la Administración provincial.

4.6.- Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba reseñada

Los conflictos ambientales se caracterizan por ser complejos, de difícil resolución por la presencia de derechos constitucionales en conflicto, en el que se contraponen los derechos de propiedad y a ejercer industria lícita, y el derecho a la salud y a un ambiente sano de los vecinos³²⁰.

³²⁰ En el caso “Benatti”, los informes y estudios realizados por algunos organismos oficiales de la provincia, revelaron como resultado la presencia de plomo en sangre, enfermedad conocida como plumbemia, arsénico, cromo y manganeso por encima de los límites permitidos, además de la existencia de

Es posible coincidir con el voto en disidencia en el fallo “*Castellani*”, en que si de la falta de certeza se deriva un riesgo para la salud humana y para el ambiente, ante la proximidad de la producción de daños corresponde la aplicación del principio precautorio. En estos casos, podría considerarse que corresponde la búsqueda de la respuesta más razonable y que produzca la menor cantidad de consecuencias dañosas o afectatorias del bien común³²¹.

El Máximo Tribunal provincial en el fallo “*Benatti*” considera que la problemática ambiental es consecuencia de un desarrollo urbanístico desordenado, responsabilizando al Municipio de Villa Allende por no haber actuado anteriormente. El Tribunal considera que el cese de las actividades autorizadas y el cierre de los establecimientos habilitados se erigen como la *ultima ratio* de la prevención ambiental. Además de constituir la negación de la asunción de los costos ambientales (de prevención y remediación) por parte de quien los provoca, imputar al municipio la actividad administrativa de prevención de esos riesgos podría constituir una señal de desaliento sobre el ejercicio de sus poderes de salvaguarda de la protección del ambiente y la salud de la población³²².

Sin embargo, se considera que cualquier autorización administrativa está sujeta a la presunción de inocuidad hacia terceros de la actividad regulada, conforme al principio “*sic utere tuo ut alienum non laedas*”³²³, receptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1887 en “*Saladeristas de Podestá*”, mencionado anteriormente.

La autorización administrativa generalmente se otorga con anterioridad a la instalación y puesta en funcionamiento de la actividad, por lo que no siempre pueden preverse las molestias que ocasionará la actividad en el futuro. Surge otro interrogante que es hasta cuando queda obligado el municipio por una autorización administrativa otorgada a una actividad en principio lícita, pero que luego deviene en nociva para la salud de sus vecinos.

El desafío que enfrenta el Máximo Tribunal de la provincia es quizás mucho más arduo, por la inmediatez y la conflictividad que presentan los problemas ambientales, que ocurren en la sociedad que los propios jueces integran. Entran en juego diferentes actores, a lo que se adiciona el interés que despierta la actuación del Poder Judicial en los medios de comunicación por el denominado fenómeno de “*mediatización de la justicia*”³²⁴, especialmente en los casos ambientales.

Al momento de ejercer las funciones de control del funcionamiento de los otros poderes y de las cuestiones que los particulares ventilan (por ejemplo, respecto de la actividad agropecuaria y el uso de agroquímicos, la realización de espectáculos públicos, la instalación de antenas de telefonía celular, entre otros) por parte del Poder Judicial, es cuando se impone el ejercicio del denominado “*poder incomodante*”³²⁵.

Por ello es de destacar la evolución de la jurisprudencia del Máximo Tribunal provincial, en los últimos pronunciamientos analizados, en los que cobra relevancia la cuestión ambiental, que es analizada a la luz del paradigma ambiental.

niveles elevados de sustancias tóxicas en los tanques de agua de los barrios Lomas y Pan de Azúcar de la ciudad de Villa Allende.

³²¹ ANDRUET, Armando S. (h) (Ed.) “El derecho judicial. Los jueces y la sociedad”, en *Cuadernos de la Especialización en Derecho Judicial*, Volumen 1, Cuestiones de Derecho Procesal, EUCC, Córdoba, p. 20.

³²² MORALES LAMBERTI, Alicia (2012) “Actuación legítima (...)”, op. cit., p. 220.

³²³ WALSH, Juan Rodrigo -VIDAL DE LAMAS, Ana María (2003) “Gestión de pasivos ambientales: mecanismos y herramientas institucionales para su prevención y manejo”, *LA LEY2003-B*, 1279

³²⁴ Véase PÁSARA, Luis (2003: “El conflicto entre medios de comunicación y justicia”, *Reforma Judicial*, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, no. 3, México, D.F.

³²⁵ ANDRUET, Armando S. (h) (Ed.), op. cit., p. 48.

5. Relación de síntesis

El Derecho Ambiental se ha consolidado como disciplina jurídica autónoma, con un sistema de normas específico, posee principios propios que lo definen y caracterizan, y que tienen la función de orientar al legislador y al juez en la toma de decisiones, siendo uno de ellos el principio precautorio, que procura colocar valores y límites frente a los avances científicos.

El derecho, a pesar de presentar capacidad de apertura cognitiva para observar los demás sistemas sociales, funciona en una clausura normativa, encontrándose más lento en la legitimación de las innovaciones científicas y en la absorción de sus consecuencias para la salud y para el medio ambiente³²⁶. Por ello, en casos de desconocimiento sobre un producto, una tecnología, determinada sustancia, la aplicación del principio precautorio deviene ineludible para gestionar el riesgo. El principio precautorio invierte la carga de la prueba y es el fabricante, el productor, el aplicador, la autoridad administrativa, quien deberá demostrar la inocuidad del producto o tecnología.

Es posible advertir el rol activo que la Constitución Nacional y la legislación ambiental le asignan al Poder Judicial³²⁷, como garante del derecho a un ambiente sano, lo que plantea numerosos interrogantes acerca de cómo se ejerce este rol y cuáles son los límites para su ejercicio, teniendo en cuenta otros derechos y garantías constitucionales.

Es significativo el avance que se ha producido en los tribunales de todo el país en la aplicación del principio precautorio, si bien en la Provincia de Córdoba aún no se ha dado un nuevo caso que llegue a conocimiento del Máximo Tribunal, las resoluciones dictadas en las recientes causas ambientales permiten vislumbrar una posible modificación de su postura denegatoria.

6. Bibliografía

- ANDRUET, Armando S. (h) (Ed.) (2008) *Cuadernos de la Especialización en Derecho Judicial*, Volumen 1, Cuestiones de Derecho Procesal, EUCC, Córdoba.
- ATALA, D. - BAUDO, F. - ÁLVAREZ IGARZABAL, M. A. - FERNÁNDEZ, F. - MEDINA, A. (2008) *Proceso y Programa de Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos de la Provincia de Córdoba*. Secretaría de Ambiente de la Provincia de Córdoba. Córdoba, Argentina.
- BENAVENTE, María I. (2012) “El legado del caso Salas”, *Revista de Derecho Ambiental*, Lexis Nexis, Instituto el Derecho por un Planeta Verde Argentina, Tomo30, abril junio 2012.
- BIDART CAMPOS, Germán (2000) *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, t. I A, Ed. Ediar.
- CAFFERATTA, NÉSTOR A. (2004) *Introducción al Derecho Ambiental*, Instituto Nacional de Ecología, México.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Directora) (2007) *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Lerner Editora, Córdoba.
- CAFFERATTA, Néstor A. (2003) “El principio precautorio”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año V. N° 6, Ed. La Ley.
- CARVALHO, Delton Winter (2011) “Aspectos probatórios do dano ambiental futuro: uma análise sobre a construção probatória da ilicitude dos riscos ambientais”, *Revista de Derecho Ambiental*, Lexis Nexis, Instituto el Derecho por un Planeta Verde Argentina, Tomo 28, octubre/diciembre 2011.

³²⁶ CARVALHO, Delton Winter (2011): op. cit., p. 155.

³²⁷ Así, el artículo 32 de la Ley General del Ambiente establece: “La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, aún con carácter de medida preparatoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aún 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”.

- GUIMARÃES Roberto P. (2002) “La ética de la sustentabilidad y la formulación de políticas de desarrollo” en ALIMONDA, Héctor [compilador] *Ecología Política. Naturaleza, sociedad y utopía*, Clacso, Buenos Aires.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. (2008) “El mito de la causalidad adecuada”, en *LA LEY* 2008-B, 861.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (2008) *Teoría del Derecho Ambiental*, Ed. Porrúa, México.
- LORENZETTI, Pablo (2011) “Agroquímicos versus principio precautorio, ¿una opción trágica?”, *Revista de Derecho Ambiental* N°27, julio –septiembre 2011.
- MORALES LAMBERTI, Alicia (2004) “Conflictos de reglas, principios y paradigmas en la decisión de un caso ambiental complejo: agroquímicos y facultades locales”, *Revista de Derecho Ambiental* N°14, Abeledo Perrot.
- MORALES LAMBERTI, Alicia - NOVAK, Aldo (2005) *Instituciones de Derecho Ambiental*, Ed. Lerner, Córdoba.
- MORALES LAMBERTI, Alicia (2010) “Principio precautorio: causalidad, proporcionalidad y ponderación de la prueba en la actuación administrativa”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 23, Abeledo Perrot, junio-agosto 2010.
- MORALES LAMBERTI, Alicia (2011) “Proceso Ambiental Urgente, Autónomo y Definitivo: Contornos Jurisprudenciales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, 25-08-2011, IJ-VL-467.
- MORALES LAMBERTI, Alicia (2012) “Actuación legítima del poder de policía ambiental: ¿deber constitucional en defensa del interés público o decisión política y discrecional que genera responsabilidad de la administración?”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 30, Abeledo Perrot, abril-junio- 2012.
- NÁPOLI, Andrés (2010) “El terraplén ilegal del Iberá: un caso paradigmático para la defensa del ambiente”, en *Ambiente Sustentable II*, Obra colectiva del Bicentenario, Tomo II (Amancay Herrera Coord.), Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mercedes, Buenos Aires, Orientación Gráfica Editora.
- PÁSARA, Luis (2003) “El conflicto entre medios de comunicación y justicia”, *Reforma Judicial*, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, N° 3.
- PRIETO MOLINERO, Ramiro J. (2014) “Causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2014-VI, 5.
- SILVA, Carlos Daniel (2003) “La distribución de competencias normativas y ejecutivas entre la nación y las provincias en materia ambiental”, septiembre de 2003. (Recuperado de: http://www2.medioambiente.gov.ar/documentos/cofema/documentos/presupuesto_legislacion/informe_silva.pdf. Consultado el 01/09/2017).
- WALSH, Juan Rodrigo -VIDAL DE LAMAS, Ana María (2003) “Gestión de pasivos ambientales: mecanismos y herramientas institucionales para su prevención y manejo”, *LA LEY* 2003-B, 1279.