OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 1

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 2

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 3

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 X

DERECHO AMBIENTAL Y DERECHOS HUMANOS

Córdoba
República Argentina
2018

EDITORES
FONDO EDITORIAL

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 4

Esta obra está bajo una
Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

IJ International Legal Group
Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina
CP: 1048
TE: +54 011 5276-8001

Impreso en Argentina
Derechos reservados por la Ley Nº 11.723

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 5

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

JUAN CARLOS PALMERO
PRESIDENTE HONORARIO

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 6

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 Casadevante Romaní
(UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS DE MADRID - ESPAÑA)

María Teresa Infante
(UNIVERSIDAD DE CHILE)

José Juste Ruiz
(UNIVERSIDAD DE VALENCIA - ESPAÑA)

MIEMBROS HONORARIOS
DEL INSTITUTO

Víctor H. Martínez

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 7

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
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

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 8

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 9

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT.....13

UNA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DESDE EL DERECHO Y LA POLÍTICA AMBIENTAL EN ARGENTINA

AN APPROXIMATION TO HUMAN RIGHTS FROM ENVIRONMENTAL LAW AND POLICY IN ARGENTINA

MARTA SUSANA JULIÁ | MARÍA EUGENIA PÉREZ CUBERO | MARÍA LAURA FORADORI.....19

DERECHOS HUMANOS Y DEBIDO PROCESO AMBIENTAL ¿QUO VADUNT EN MATERIA DE PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD AMBIENTAL?

HUMAN RIGHTS AND DUE ENVIRONMENTAL PROCESS: QUO VADUNT IN THE TOPIC OF ENVIRONMENTAL NON-REGRESSIVITY?

ALICIA MORALES LAMBERTI.....45

EL AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO. INTERÉS PÚBLICO ESPECIALMENTE DIGNO DE PROTECCIÓN O DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Análisis comparativo del sistema europeo e interamericano de derechos humanos

THE HEALTHY AND BALANCED ENVIRONMENT: PUBLIC INTEREST ESPECIALLY WORTHY OF PROTECTION OR FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT

Comparative analysis of the European and Inter-American system of human rights

IRMA PASTOR DE PEIROTTI | MARÍA INÉS ORTIZ DE GALLARDO.....93

DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT

GRACIELA R. SALAS.....125

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 10

PASIVOS AMBIENTALES (PA) EN EL CONTEXTO DEL DERECHO HUMANO AL AMBIENTE SANO

La exigencia remediación de los PA: Participación Ciudadana y Contextos de Desigualdad Socio-Ambiental

ENVIRONMENTAL PASSIVES (EP) IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHT TO THE HEALTHY ENVIRONMENT

The requirement of EL remediation: citizen participation and socio-environmental inequality contexts

Georgina Doroni.....141

LA TEORÍA DE LAS INMISIONES COMO FUNDAMENTO DE PROTECCIÓN ANTE EL RUIDO

THE THEORY OF IMMISSIONS AS A FOUNDATION OF PROTECTION AGAINST NOISE

Adriana Listoffsky.....175

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS. CIUDADANÍA AMBIENTAL

CITIZEN PARTICIPATION IN THE FRAMEWORK OF HUMAN RIGHTS. ENVIRONMENTAL CITIZENSHIP

Cristina del Campo.....187

LA CULTURA COMO DERECHO HUMANO. LOS DERECHOS CULTURALES Y SU PROTECCIÓN

CULTURE AS A HUMAN RIGHT. CULTURALRIGHTS AND ITS PROTECTION

Rafael Consigli | Laura Susana Rennella.....221

VINCULACIÓN ENTRE DERECHO AMBIENTAL Y DERECHOS HUMANOS EN LAS NACIONES UNIDAS

LINK BETWEEN ENVIRONMENTAL LAW AND HUMAN RIGHTS IN THE UNITED NATIONS

Zlata Drnas de Clément.....245

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ACUERDO REGIONAL SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN, LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN ASUNTOS AMBIENTALES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (ACUERDO DE ESCAZÚ)

SOME REFLECTIONS ABOUT THE REGIONAL AGREEMENT ON ACCESS TO INFORMATION, PUBLIC PARTICIPATION AND JUSTICE IN ENVIRONMENTAL MATTERS IN LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN (ESCAZÚ AGREEMENT)

María Alejandra Sticca.....269

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 11

INDUSTRIAS EXTRACTIVAS Y DERECHOS HUMANOS

Caso *Los Pelambres* a la luz de la opinión consultiva oc-23/17 de la CteIDH

EXTRACTIVE INDUSTRIES AND HUMAN RIGHTS

"Los Pelambres" case in the light of Advisory Opinion OC-23/17 of the ICtHR

Federico Enrique Martínez Seghetta.....279

LA GESTIÓN DE LA VARIABLE AMBIENTAL Y LA INFRAESTRUCTURA PÚBLICA

THE MANAGEMENT OF THE ENVIRONMENTAL VARIABLE AND PUBLIC INFRASTRUCTURE

Lorena Eva Dasenchich.....305

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 12

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 13

PRESENTACIÓN

Zlata Drnas De Clément

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 14

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 15

El Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, por decisión de sus miembros, ha elegido el tema "Relaciones entre Derecho Ambiental y Derechos Humanos" como tópico de trabajo anual para las investigaciones y sesiones ordinarias del año 2018 por entender que se trata de un tema de creciente interés y evolución.

Hasta hace unas décadas, el derecho a vivir y a vivir en un ambiente sano se ubicaba en el plano del *jus inter privatos* y era concebido en las primeras etapas de construcción del derecho de los derechos humanos como un derecho de primera generación, requiriéndose al Estado solamente que no interfiriera en el ejercicio de esos derechos (no hacer). La evolución hizo pasar al derecho a vivir en un ambiente sano a los derechos humanos de segunda generación (económicos, sociales y culturales, que requerían un accionar positivo del Estado), más tarde a los de tercera generación (de vocación comunitaria, reclamando no sólo una conducta activa del Estado sino también de la comunidad en general) y, finalmente, a los de cuarta generación (de solidaridad y responsabilidad frente a las generaciones venideras).

La interconexión entre Derecho Ambiental y Derechos Humanos es indubitable, ya que -como señala Michael Anderson en una de las primeras obras que se ha ocupado del tema[1]- la degradación del medio ambiente afecta severamente el uso y goce de la mayoría de los derechos humanos reconocidos internacionalmente e incorporados a los derechos nacionales. Así, por ejemplo, el derecho a la vida y a la salud se ven críticamente afectados por problemas de degradación ambiental; el derecho de igualdad ante la ley es vulnerado por la manera desproporcionada en que ciertos sectores de la población soportan mayor carga ambiental -discriminación ambiental-; el derecho al trabajo es restringido por las condiciones ambientales del ámbito laboral; el derecho de propiedad es impactado por la degradación ambiental, especialmente, la contaminación, etc. Las múltiples dimensiones de ambos derechos están cada vez

[1] ANDERSON, M.R. "Human Rights Approaches to Environmental Protection: An Overview", en Boyle – Anderson (Eds.) *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Clarendon Press, 1996, p. 3 y ss.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 16

más imbricadas, compartiendo elementos comunes tales como la universalidad, la globalidad, la interdependencia, la indivisibilidad, la multidimensionalidad. Más aún, ambos son necesarios para el logro de dos objetivos esenciales de la sociedad humana: no menoscabo de la dignidad del ser humano y derecho del ser humano a un desarrollo armónico e integral.

En los últimos años, el reconocimiento formal institucionalizado del vínculo entre ambos derechos ha ido aumentando incesantemente. El número y el alcance de las normas internacionales y nacionales, de las decisiones jurisprudenciales y cuasi-jurisprudenciales, de los estudios académicos sobre esa relación se ha ido profundizando y diversificando. De allí que las presentaciones de este Cuaderno sean variadas, poniendo en evidencia -si bien sólo parcialmente- esa riqueza. Así, los trabajos abarcan la formulación normativa de las políticas ambientales y de las políticas de derechos humanos, la relación entre derechos humanos y el debido proceso legal, el derecho humano a la vida sana, el derecho a la participación e información ambiental como derecho humano, las implicancias ambientales del derecho humano a la alimentación, la visualización de la relación entre ambos derechos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la elaboración de directrices en materia de derechos humanos y medioambiente en el ámbito de las Naciones Unidas, entre otros.

Como todos los años, para nutrir el *feed back* de sus labores, el Instituto antes de dar por concluidos los resultados finales de las investigaciones de sus miembros, organizó conjuntamente con la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba un *Seminario de Reflexión sobre "Relaciones entre Derecho Ambiental y Derechos Humanos"*, en el participaron como presentantes las Profesoras Alicia Morales Lamberti, Marta Juliá, Graciela Rosa Salas, María Alejandra Sticca, Marta Susana Sartori, Cristina del Campo, Carmen Arévalo, Ofelia Zamzem, Adriana Listoffsky, Rafael Consigli, Laura Rennella y Zlata Drnas, despertando activa participación del público, con comentarios y discusión en materia de enfoques.

Reforzando la apertura a la ciudadanía, se convocó -como todos los años- a un concurso de monografías sobre la "Relación entre Derecho

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 17

Ambiental y Derechos Humanos". El Jurado, tras examinar los trabajos recibidos, adjudicó primer premio al trabajo presentado bajo el seudónimo "Pelambres", titulado *Industrias extractivas y derechos humanos. Análisis del caso 'Los Pelambres' a la luz de la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre 'Medio Ambiente y Derechos Humanos' de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, perteneciente al Ab. Federico Enrique Martínez y adjudicó primera mención al trabajo presentado bajo el seudónimo "Inés de la Cruz", titulado *La gestión de la variable ambiental y la infraestructura pública*, perteneciente a la Ab. Lorena Eva Dasenchich.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 18

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 19

UNA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DESDE EL DERECHO Y LA POLÍTICA AMBIENTAL EN ARGENTINA*

AN APPROXIMATION TO HUMAN RIGHTS FROM ENVIRONMENTAL LAW AND POLICY IN ARGENTINA

Marta Susana Juliá**
María Eugenia Pérez Cubero***
María Laura Foradori****

* *Este trabajo ha sido recibido el 2 de julio de 2019 y aprobado para su publicación el 26 de julio del mismo año.*
Un avance de este trabajo fue presentado en el I Encuentro de Reflexión y Debate sobre Derechos Humanos "En defensa de los Derechos Humanos a 40 años de la última dictadura cívico-militar", Eje Nº 10: Medio ambiente y Derechos Humanos, en la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de San Luis. Villa Mercedes, San Luis. Agosto 2017.
** *Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Docente investigadora en Derecho Ambiental de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Nacional de San Luis (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. Correo: dramartajulia@gmail.com*
*** *Docente en la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de San Luis (FCEJS-UNSL). Becaria Doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) Argentina. Correo: eugenia.perezcubero@gmail.com*
**** *Abogada. Becaria Doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) con lugar de trabajo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba (CIJS-UNC). Correo: mlauraforadori@gmail.com*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 20

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 21

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo indagar en el vínculo entre los derechos humanos y el medio ambiente desde la perspectiva del derecho y las políticas ambientales en Argentina. La complejidad para el análisis de este vínculo radica en la diversidad de discursos y saberes que conforman por un lado a la corriente de los derechos humanos, y por otro, al derecho ambiental. Pero, más allá de esas diferencias, debemos tener presente que el derecho a un medio ambiente sano es en sí mismo un derecho humano fundamental, y constituye un presupuesto indispensable para el disfrute y ejercicio de los demás derechos humanos. En otras palabras, el objetivo del artículo se traduce en la pregunta: ¿cómo se relacionan la formulación normativa con las políticas ambientales y los derechos humanos en Argentina?

Abstract: This article aims to investigate the link between human rights and the environment from the perspective of environmental law and policies in Argentina. The complexity for the analysis of this link lies in the diversity of discourses and knowledge that correspond, on the one hand, to the current of human rights, and on the other, to environmental law. But, beyond these differences, we must bear in mind that the right to a healthy environment is in itself a fundamental human right, and constitutes an indispensable presupposition for the enjoyment and exercise of other human rights. In other words, the objective of the article focuses on the question: How is normative formulation related to environmental policies and human rights in Argentina?

Palabras-clave: Política Ambiental - Derechos Humanos - Medio Ambiente - Argentina.

Keywords: Environmental Policy - Human Rights – Environment - Argentina.

Sumario: Introducción. I. Una aproximación al Derecho humano al ambiente. II. Los derechos fundamentales y su relación con los derechos instrumentales. III. La evolución institucional ambiental en los últimos 40 años en Argentina. III.1. El regreso a la demo-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 22

cracia. III.2. Las gestiones gubernamentales y las particularidades ambientales. IV. Aspectos del derecho humano al ambiente en el marco normativo nacional. V. Algunas reflexiones finales.

Introducción

La vinculación conceptual entre los derechos humanos y el derecho ambiental implica una tarea compleja de diálogo de saberes entre dos lenguajes y discursos que han tenido su propio desarrollo jurídico y político tanto a nivel internacional como nacional.

En este sentido, podemos notar que los derechos humanos adoptan un enfoque netamente antropocéntrico, donde la realidad se aproxima principalmente desde el valor de lo humano haciendo foco en la idea de la dignidad humana. Mientras que, el derecho ambiental oscila entre dos enfoques ético-filosóficos: el enfoque antropocéntrico y el bio-céntrico o eco-céntrico, donde la naturaleza adquiere valor en sí misma y no sólo en la medida de su utilidad para la humanidad.

El desarrollo de la temática de los derechos humanos como del derecho ambiental a nivel internacional ha tenido su impacto en el desarrollo regional y local a través del tiempo. La temática ambiental cobra impulso en los últimos cuarenta años y se observa su manifestación, en primer término, en las cartas magnas de los diferentes países, como lo tuvo la temática de derechos humanos también.

La tutela del ambiente puede observarse como un proceso que ha variado a través del tiempo, relacionando la percepción que se tiene sobre el ambiente, la definición de ambiente desde la cual se parte y las precisiones que cada sistema jurídico, político e institucional ha determinado en cada país.

Los doctrinarios se han preocupado tanto a nivel internacional como nacional por tutelar el ambiente a partir del desarrollo normativo, contribuyendo a precisar los significados y alcances de las normativas vigentes y la protección y defensa de los elementos que conforman el ambiente. Es por ello que puede distinguirse dicho proceso en el desarrollo doctrinario.

Se puede observar en materia constitucional una percepción particular del derecho ambiental que se ha manifestado en distintos enfoques:

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 23

podemos afirmar que el derecho al ambiente sano en principio fue pensado como un derecho humano básico que siguió su trayectoria constitucional en América Latina en la década de los ochenta y tuvo su influencia directa en las constituciones de un conjunto de provincias argentinas.

La fuerza de la cláusula ambiental en la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de nuevos derechos, incluyó la temática ambiental en sus diferentes expresiones en el sistema argentino, quedando la vinculación a los derechos humanos menos visible ante la multiplicidad de temáticas que involucra la materia ambiental.

Otro enfoque alternativo es el que receptan las modernas constituciones de Ecuador y Bolivia que replantean su visión sobre el ambiente y la naturaleza desde la construcción de sus propias identidades culturales.

El objetivo del presente trabajo es describir la formulación normativa de las políticas ambientales y cómo se relacionan e insertan las políticas de derechos humanos en Argentina. Consideramos que el derecho a un medio ambiente sano es en sí mismo un derecho humano fundamental, el que a su vez constituye un presupuesto indispensable para el disfrute y ejercicio de los demás derechos humanos. En base a ello nos preguntamos: ¿cómo se relacionan la formulación normativa con las políticas ambientales y los derechos humanos en Argentina?

En este marco el desarrollo de la temática ambiental en nuestro país ha tenido sus particularidades en vinculación a la consideración de los derechos humanos por lo cual nos proponemos: sintetizar su evolución, sus manifestaciones en las gestiones gubernamentales y en la expresión de los derechos fundamentales y derechos instrumentales.

I. Una aproximación al Derecho humano al ambiente

La protección de los derechos humanos en la historia ha tenido una evolución muy lenta. Los avances del derecho internacional en materia de derechos humanos se concentraron durante muchas décadas en los derechos civiles y políticos, que son derechos de naturaleza individual (Ponce Nava, 2014:28). "*En el terreno del derecho de los derechos humanos*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 24

la temática ambiental ha sido relegada a un segundo plano y aunque esta tendencia está en proceso de revertirse, todavía no ha habido por parte de la comunidad jurídica una reacción que se corresponda con la real dimensión de este problema" (CEDHA, 2002:195).

López Alfonsín y Tambussi (2007) consideran que la conciencia de la íntima relación entre los derechos humanos y el medio ambiente surge como consecuencia de, por un lado, la profundización de los problemas ambientales tanto en los países desarrollados como subdesarrollados, y por otro, de la imposibilidad de ejercer libremente otros derechos humanos como consecuencia de las condiciones ambientales desfavorables.

Podemos decir que los efectos de la degradación ambiental no son percibidos como violaciones a los derechos humanos (CEDHA, 2002). Ello tiene como consecuencia que sus víctimas no se reconozcan como tales, quedando en una absoluta indefensión; mientras que los grandes contaminadores quedan impunes.

Las violaciones a derechos humanos originadas en problemas ambientales revisten una extrema gravedad, ya que en la mayoría de los casos se trata de conductas o actividades sistemáticas, que afectan a grupos de personas o comunidades enteras, con continuidad en el tiempo y efectos que se multiplican y trascienden su origen, vulnerando múltiples derechos humanos. Son en especial los sectores más desposeídos, y por ende más expuestos, quienes soportan, casi sin oponer resistencia, las consecuencias de la degradación ambiental. Esta falta de reacción es atribuible a diversas razones, tales como: el desconocimiento imperante en torno a las consecuencias de la problemática ambiental; la escasa o nula información disponible sobre situaciones potenciales o actualmente peligrosas, la no percepción de las víctimas de degradación ambiental de su condición de víctimas de violaciones de derechos humanos, y la dificultad de acceder a la justicia. (CEDHA, 2002, p. 7)

En lo que respecta a los derechos humanos, se distinguen tres generaciones: a) los derechos de primera generación son fundamentalmente los derechos civiles y políticos; b) los derechos de segunda generación conformados por los derechos económicos, sociales y culturales; c) los derechos de tercera generación que son los derechos colectivos o intereses difusos, también llamados derechos de la solidaridad y derechos de la humanidad. Entre estos últimos derechos encontramos: a la paz, a un

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 25

medio ambiente sano, a la protección del patrimonio común de la humanidad, a la protección de los usuarios y consumidores, la defensa de la competencia, entre otros (López Alfonsín, 2012).

Cabe destacar que en el último tiempo varios doctrinarios consideran que el derecho a un ambiente sano podría calificarse tanto como derecho humano de tercera generación -en cuanto está basado en valores fundantes de la paz, la solidaridad y la cooperación- y como de cuarta generación -por velar no sólo por la defensa de las generaciones presentes, sino también futuras, y perseguir fines de calidad de vida- (Cafferatta, 2013).

Los autores que trabajan derechos humanos ven incorporada la problemática ambiental con fuerte impacto en los derechos objeto de estudio y, quienes estudian el derecho ambiental no pueden dejar de considerar el derecho humano involucrado en la temática ambiental. Vemos la interrelación y el diálogo entre ambos lenguajes.

II. Los derechos fundamentales y su relación con los derechos instrumentales

Conforme a lo anterior, y profundizando en esa línea, podemos afirmar que la conexión entre los derechos humanos y la preocupación ambiental, se verifica por lo menos en tres dimensiones a las que haremos mención:

a) el derecho a un medio ambiente sano o equilibrado es parte fundamental del derecho a la vida y a la integridad personal, ambos derechos de primera generación;

b) los daños ambientales pueden resultar en discriminación y racismo, además de que grupos en desventaja económica y social en general sufren más que otros grupos los problemas ambientales; y

c) los derechos humanos procedimentales (también llamados instrumentales), como son el acceso a la información, a la participación en las decisiones políticas y a la justicia ambiental, herramientas frecuentemente cruciales para garantizar políticas en relación con cuestiones ambientales (Fernández, 2011).

De tal modo, "*el acceso a la información no es solo fundamental para proteger el derecho a la vida y a la seguridad en casos de degradación del*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 26

ambiente, sino también para garantizar políticas ambientales sostenibles mediante una toma de decisiones fundamentada, inclusiva y participativa" (CEPAL, 2016:23).

Tal vez el derecho más importante de todo ser humano es el derecho a la vida porque son inconcebibles los demás derechos sin tener ese derecho básico. Fue así como distintos instrumentos internacionales comenzaron a reflejar esa protección. Sin embargo, este concepto ha ido evolucionando a lo largo de la historia desde una concepción que se limitaba solo a los derechos civiles y políticos hasta la actualidad donde se percibe la recepción de los derechos económicos, sociales y culturales que hacen a la "calidad de vida" (Rodríguez, 2012:18). Hoy esa calidad de vida se ha extendido a la necesidad y obligación de respeto al medio ambiente natural, y es así como los derechos ambientales se mencionan expresamente en los documentos internacionales sobre derechos humanos[1].

[1] *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976. *Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: […] b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente. Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador". Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos; 2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. Convención sobre los derechos del niño. Artículo 24. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. […] 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: […] c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente.*
Carta Democrática Interamericana. Adoptada en el vigésimo octavo período extraordinario de sesiones, el 11 de septiembre de 2001 en Lima, Perú. *Artículo 15. El ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente. Es esencial que los Estados del hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras gene-*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 27

Además de mencionarse esta vinculación en los instrumentos, es de destacar también que el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos incorpora los derechos ambientales en su propia institucionalidad. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) avanzó recientemente en la incorporación de un área que acopla los derechos ambientales en sus tareas de defensa de los derechos humanos en la región. Se trata de la "Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales" que pasó a ser en agosto de 2017 la "Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales".

Dado que el derecho a un ambiente sano reconocido en el Art. 11 del Protocolo de San Salvador no activa el "Sistema de Peticiones y Casos"[2] por medio del cual se accede a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del Sistema Interamericano, se ha dado el fenómeno de la "protección refleja o indirecta" del ambiente a través de otros derechos humanos civiles y políticos que sí activan el Sistema de Peticiones y Casos Individuales. Algunos autores denominan a esta situación "ecologización, *greening* o reverdecimiento" del derecho internacional de los derechos humanos[3].

---

raciones.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 37. Protección del medio ambiente. Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.

Carta africana de derechos humanos y de los pueblos, también conocida como la Carta de Banjul, fue aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya. La Carta entró en vigor el 21 de octubre de 1986. Estipula en el mismo documento el reconocimiento de los derechos civiles, políticos, sociales y culturales. A la vez que al lado de los derechos individuales pone especial énfasis en los derechos colectivos, los de los grupos y los de los pueblos. Es así como el Artículo 24 reza lo siguiente: *Artículo 24. Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo.*

[2] El Protocolo estipula en su *Art. 19.1 la obligación de progresividad como medida de protección de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, mediante la presentación de los Estados de "informes periódicos respecto de las medidas progresivas que se hayan adoptados para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo*". Y es la CIDH la que puede efectuar observaciones o recomendaciones a los Estados en sus Informes.

[3] Ver conforme MAZZUOLI, Valerio de Oliveira y MOREIRA TEIXEIRA, Gustavo de Faria "Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Internacional de Derechos*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 28

Con respecto a ello, el Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente del Consejo de Derechos Humanos de la ONU emitió un Informe donde reconoce que "*la protección del medio ambiente resulta ser una garantía de los derechos económicos, sociales y culturales pero también de derechos civiles y políticos, pues sin un ambiente sano y saludable no se pueden ejercer plenamente otros derechos como los de expresión e información, de igualdad y no discriminación, y el derecho a elegir y ser elegido*" (Knox, 2012:10).

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido expresamente al medio ambiente y los derechos humanos en la Opinión consultiva del 2017 solicitada por Colombia. Allí, reconoce "*la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos*" (CIDH, 2017: 21-22).

En palabras del experto independiente del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: "*Los derechos humanos se basan en el respeto de atributos humanos fundamentales como la dignidad, la igualdad y la libertad. La realización de esos atributos depende de un medio ambiente que les permita florecer. Al mismo tiempo, la protección eficaz del medio ambiente depende con frecuencia del ejercicio de derechos humanos que son vitales para la formulación de políticas informadas, transparentes y adecuadas*" (Knox, 2012; citado en CIDH, 2017: 23).

Directamente relacionado con este apartado del artículo, distingue dos grupos de derechos: los derechos sustantivos y los derechos de procedimiento. Expresa: "*El derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal. […] Algunos derechos humanos son más susceptibles que otros a la degradación ambiental. Los derechos especialmente vinculados al medio ambiente se han clasificado en dos grupos: i) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, también identificados como derechos sustantivos (por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad), y ii) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también*

Humanos, 2015 Año V, N0 5.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 29

identificados como derechos de procedimiento (tales como derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo)" (CIDH, 2017: 29).

La evolución histórica de los derechos humanos indica que estos han aparecido documentalmente en tanto se fueron identificando como una necesidad de la sociedad, justamente porque venían siendo ignorados. De esta forma, no existía ninguna preocupación por el ambiente hasta tanto no hubo una necesidad inmediata, tangible y preocupante.

El derecho al disfrute de un ambiente sano es un derecho humano ubicado dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya característica esencial es la complejidad de su reclamación. El sujeto activo puede ser una colectividad de personas o una persona que se vea afectada individualmente por un daño ambiental específico[4]. El sujeto pasivo, aquel que está ocasionando el daño, puede estar identificado o desconocerse por completo (Cuadrado Quesada, 2009:104).

Sin embargo, dicha protección refleja o indirecta del ambiente mediante la referencia directa de otros derechos, es un tema que desde hace tiempo se trabaja sea desde la afectación de la vida e integridad personal y/o desde el derecho a la propiedad, reconociendo incluso que subsidiariamente se lo ha vinculado también con el derecho a la información (en términos de derecho individual a la libertad de expresión).

En los primeros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos la relación de estos con el medio ambiente se consideraba implícita, pero para "las consecuencias del descontrol de la contaminación ambiental tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo y la imposibilidad del disfrute y ejercicio de los derechos humanos en condiciones ambientalmente desfavorables, crearon la con-

[4] En este sentido, la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva citada expresa: "*El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad*." (CIDH, 2017: 27).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 30

ciencia generalizada del íntimo vínculo entre derechos humanos y medio ambiente" (Lopez Alfonsín y Tambussi, 2012:1).

En la lucha por reivindicar este derecho es fundamental la incorporación de las normas internacionales en materia ambiental dentro de los sistemas jurídicos de los países, así como la garantía de su efectiva aplicación (Cuadrado Quesada, 2009:104).

Para los estudiosos y practicantes de los derechos humanos, el Antropoceno plantea desafíos sin precedentes. La extrema degradación ambiental (cambio climático, escasez de agua, extinción rápida de especies y bosques, contaminación descontrolada) se convirtió en una de las amenazas más graves para los derechos humanos. Después de todo, estos no tienen mucho sentido si lo que está en peligro es la vida sobre el planeta" (Rodríguez Garavito, C., 2017: 9).

La afirmación del derecho al medio ambiente sano tiene dos efectos. Desde un punto de vista moral y jurídico, actualiza el enfoque de derechos humanos a las condiciones del Antropoceno. Desde una perspectiva política, se suma a la "política de la nueva Tierra" (New Earth Politics), el conjunto de discursos y estrategias de movilización colectiva en las escalas local, nacional y global basados en la idea de que "*los seres y las prácticas humanas están imbricadas profundamente en flujos y procesos naturales*" y en "*una ciencia de los sistemas de la Tierra que resalta la profunda conexión material entre los seres humanos, independientemente de las fronteras dibujadas por los estados sobre esa Tierra*" (Deudney y Mendenhall, 2016: 54; Rodriguez Garavito, 2017: 13).

Esta relación entre los derechos ambientales y los derechos humanos se realiza de la mano de los derechos de acceso (a la información, a la participación y a la justicia) con base en la idea conceptual de que habrá una protección más adecuada del ambiente y de los territorios si las personas pueden participar en la toma de decisiones fundamentales que afectan sus derechos humanos, incluyendo plenamente a los sectores de la sociedad civil, recibiendo información, participando en distintas instancias como las audiencias públicas así como en los procesos de evaluación de impacto ambiental y de ordenamiento ambiental del territorio, e interponiendo acciones legales y/o administrativas cuando sea necesario acudir a la justicia para el cumplimiento de estos derechos.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 31

El tema de la participación ciudadana, el rol de las instituciones de la sociedad civil y su inserción al sistema jurídico-institucional vigente, no debe ser tomado como un elemento más de los derechos humanos en las políticas ambientales, sino que es éste un elemento base de garantía a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, estando íntimamente relacionado con la idea de sustentabilidad en el Estado y de democracia participativa. Es decir que el cabal acceso a la información pública es un canal imprescindible para la participación de la ciudadanía en las políticas públicas que procuran plasmar derechos sociales (Bazán y Quesada, 2014:98).

Dicha afirmación ha quedado sentada en el Acuerdo sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe, más conocido como "Acuerdo de Escazú", suscripto en San José de Costa Rica el 4 de marzo de 2018. Se trata de un acuerdo regional vinculante que introduce la idea de democracia ambiental en los procesos de toma de decisiones de políticas públicas. Asimismo, dicho instrumento internacional reconoce explícitamente una problemática de gravedad en la región latinoamericana en torno a los derechos humanos de los defensores ambientales. Establece la necesidad de proteger a todos quienes detenten el carácter de defensores de derechos humanos en materias ambientales, en particular dispone los siguientes deberes estatales:

"*(G)arantizar entornos seguros y propicios en donde puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad" (Art. 9.1); "tomar medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad de opinión y expresión, a los derechos de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente" (Art. 9.2); "tomar medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones a los cuales sean sometidos" (Art. 9.3).*

De este modo no solo se visibiliza en el derecho internacional una realidad sobre las situaciones de amenazas, intimidación, acoso y asesinato que sufren defensores del ambiente, del territorio y sus recursos naturales en todo el mundo, sino que también se efectúa un llamado de atención apelando a la responsabilidad de las autoridades.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 32

Según los datos que aporta la Global Witness, 369 líderes ambientales fueron asesinados en América Latina entre 2015-2017, en 2017 el informe revela que 207 personas activistas de la tierra y el medio ambiente (líderes indígenas, activistas comunitarios y ecologistas) fueron asesinados.[5]

III. La evolución institucional ambiental en los últimos 40 años en Argentina

III.1. El regreso a la democracia

El regreso a la democracia en 1983 abre un nuevo proceso político en Argentina, con la recuperación del estado de derecho, la construcción de la gestión democrática que implicó el diseño de la estructura gubernamental del gobierno y la incorporación de un conjunto de temáticas que no se venían desarrollando por múltiples motivos: por la propia restricción de derechos, por no formar parte de la agenda de los gobiernos militares, etc.

La década previa fue de gran relevancia en materia ambiental en el ámbito internacional. Es en los años setenta y principios de los ochenta donde empiezan a discutirse problemas ambientales, a conocerse y difundirse graves efectos sobre el medio de un conjunto de actividades humanas, además, se discuten los modelos de desarrollo alcanzado y se construyen nuevas teorías. Este marco que precede la década en que recuperamos la democracia en nuestro país va a sentar las bases de las principales discusiones sobre la problemática y también la necesidad de que los Estados empiecen a reconocer estos problemas y diseñar espacios para atenderlos, es el momento donde se inicia la incorporación de la dimensión ambiental en el Estado.

En nuestro análisis consideramos que no puede hablarse de institucionalidad ambiental sin democracia, por lo que sólo reconocemos esta institucionalidad y algunas gestiones democráticas anteriores que son un antecedente relevante como es la creación de la Secretaría de Medio

[5] Para más información ver: *Reporte de Global Witness (2018) ¿A qué precio? Negocios irresponsables y el asesinato de personas defensoras de la tierra y del medio ambiente en 2017* (Recuperado de http://www.global witness.or g/en/camp aigns/env ironmental-act ivists/a-qué-p recio/).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 33

Ambiente en el gobierno de Perón en 1974, que fue el primer sector ambiental en América Latina.

A partir de la recuperación de la democracia se reconocen los nuevos derechos ambientales, se diseñan las áreas encargadas de gestionar las problemáticas y se van a desarrollar los instrumentos, requerimientos y modalidades de estos derechos.

III.2. Las gestiones gubernamentales y las particularidades ambientales

Las gestiones gubernamentales desde 1983 hasta el presente han mostrado rasgos particulares con relación a la temática ambiental, al reconocimiento del derecho al ambiente y a su relación con los derechos humanos.

La consolidación de la institucionalidad ambiental gubernamental permitió incorporar los instrumentos de gestión de tipo preventivo como la evaluación de impacto ambiental, la educación ambiental, el acceso a la información, la participación ciudadana y los instrumentos de control como las auditorías ambientales y las formas de fiscalización de las actividades que pueden ocasionar impactos. En la actualidad se amplían los instrumentos con el ordenamiento ambiental del territorio, la evaluación ambiental estratégica, la evaluación ambiental en salud, reconociéndose la necesidad de avanzar en la prevención sobre las actividades que pueden tener efectos en las personas y en el ambiente.

En forma paralela se reconoció la importancia de los derechos de acceso a la información, a la participación ciudadana y a la justicia como centrales en la problemática ambiental.

Las provincias argentinas han dictado leyes ambientales que reconocen los derechos e incorporan los principales instrumentos de gestión. Sin embargo, en este escenario en el que venía desarrollándose el sistema jurídico político e institucional en Argentina se va a producir un importante cambio: la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de la cláusula ambiental con jerarquía constitucional. Este acontecimiento configura la inserción definitiva de la dimensión ambiental en el campo jurídico-político nacional, generando un proceso de asimilación, ubicación, impacto, análisis e interpretación en todo el sistema jurídico, político e institucional que en la actualidad se encuentra en pleno desarrollo.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 34

IV. Aspectos del derecho humano al ambiente en el marco normativo nacional

En cuanto al marco normativo constitucional, antes de la reforma de 1994 se consideraba que el derecho a un medio ambiente sano estaba incluido entre los derechos no enumerados o implícitos a los que se refiere el artículo 33. Luego, en 1994, se han incorporado en la Constitución Nacional los derechos de incidencia colectiva dentro del Capítulo Segundo "Nuevos Derechos y Garantías".

En el artículo 41 expresamente se reconoce al medio ambiente sano como presupuesto para el desarrollo humano, como derecho fundamental para la vida del hombre. En un todo de acuerdo con los principios reconocidos en la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente celebrada en Estocolmo en 1972, como así también en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro de 1992 y a nivel nacional el Pacto Federal Ambiental firmado el 5 de julio de 1993, en sintonía con la línea adoptada por las Constituciones provinciales, los constituyentes reformadores incorporaron la cuestión ambiental en la cláusula del Art. 41 CN.

Es muy importante destacar que, además del artículo 41, con la reforma de 1994 se ha dado jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22, lo que ensancha enormemente el marco normativo constitucional. Particularmente, el derecho humano al ambiente fue incorporado en importantes instrumentos jurídicos internacionales, ya sea de manera explícita como implícita. Explícitamente, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido comúnmente como Protocolo de San Salvador de 1988, se establece el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, y la obligación de los Estados de proteger, preservar y mejorar el medio ambiente (Artículo 11). De manera implícita, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica se reconoce en el artículo 4 inciso 1º -Derecho a la vida-, y en el artículo 5 inciso 1º -Derecho a la integridad personal-.

En Argentina, las últimas décadas delinearon y otorgaron un perfil jurídico, institucional y administrativo a las gestiones ambientales en los distintos niveles de Gobierno, avanzando en numerosos aspectos desde

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 35

las provincias y municipios hasta como vimos el reconocimiento constitucional con la reforma de 1994 a la CN.

En el sistema argentino la incorporación de la cláusula ambiental en la Constitución por una parte y el dictado de las leyes de presupuestos mínimos ambientales por otra han modificado el esquema jurídico-ambiental existente, configurando un nuevo orden ambiental a nivel nacional (Juliá, 2010: 91).

La reforma constitucional de 1994 introdujo la protección ambiental como derecho humano de todos los habitantes, así como el deber de preservarlo. Para describir cómo se introduce la temática en la CN pueden considerarse dos aspectos, que pasamos a señalar.

Por un lado, la recepción de la problemática ambiental en relación con los derechos, deberes y garantías de los habitantes. Se incorpora así en la primera parte, también conocida como parte Dogmática, donde se le da rango constitucional al derecho a un ambiente sano y equilibrado, reconociéndolo como un derecho de tercera generación (derecho humano de cooperación y solidaridad) según la clasificación de derechos humanos que distingue tres grupos de acuerdo con su naturaleza. Los de Primera Generación (derechos civiles y políticos) se refirieron a la libertad, son obligaciones de no hacer por parte del Estado en beneficio de la libertad individual; los derechos de Segunda Generación (derechos económicos, sociales y culturales) importan obligaciones de dar o de hacer por parte del Estado; y los de Tercera Generación denominados "nuevos derechos" (derecho a la paz, al medio ambiente, al desarrollo, a la conservación del patrimonio histórico y cultural, al patrimonio genético de la especie humana, a la libertad informática) surgen como respuesta al problema de la contaminación de las libertades por los nuevos avances tecnológicos (Lorenzetti, 1995:113).

El primer párrafo del artículo 41 CN contempla la dimensión del desarrollo sostenible, lo que significa un desarrollo con mensura y prudencia sin comprometer las necesidades de las generaciones futuras. Esta afirmación lleva a sostener a algunos autores que el derecho ambiental encierra también Derechos de Cuarta Generación por su carácter intergeneracional, en favor de los que vendrán y se exteriorizarán en el futuro, por tanto, conlleva un deber actual exigible de conservación y preservación de los recursos naturales en favor de un tercero, un nuevo sujeto re-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 36

conocido constitucionalmente: las generaciones futuras (Morello y Caferatta, 2004:39).

Por otro lado, se puede observar el aspecto de la incorporación de lo ambiental en la estructura y organización de los poderes del Estado, cuyo esquema descentralizador está diseñado en el segundo y tercer párrafo del artículo 41 CN.

El segundo párrafo del artículo establece un mandato programático destinado a cada poder del Estado: ejecutivo, legislativo y judicial, que de acuerdo a sus funciones deberá incorporar y actuar en relación a esta problemática: "*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*".

Este proveer por parte de las autoridades constituye un verdadero imperativo y se relaciona estrechamente con la gestión, ya que hace hincapié en un conjunto de actividades a tener en cuenta en el desarrollo de las gestiones de cada jurisdicción.

En el tercer párrafo del artículo se establece un nuevo reparto de competencias en el esquema federal del Estado, consagrando reglas de concertación en cuanto a la función competencial normativa, que deben ser interpretadas en un todo coherente con el artículo primero de la Constitución de 1853/1860, que establece la forma federal de gobierno para la Nación Argentina, teniendo en consideración las normas de la segunda parte de la CN, que en Derecho Público se denomina parte orgánica porque establece las facultades y atribuciones de los órganos y órdenes del poder, en especial, en los artículos 121, 123 y 124 CN. El tercer párrafo dispone: "*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*".

Ese tercer párrafo es probablemente el más debatido del artículo, ya que establece la distribución de competencias en materia ambiental en el sistema e introduce la facultad de la Nación de dictar los presupuestos mínimos de protección ambiental. Se trata de normas de base, de umbral mínimo, normas piso, uniformes, comunes en todo el territorio de la Nación, sobre las cuáles se va a construir el edificio normativo ambiental

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 37

en la Argentina. Es decir que la facultad de dictar normas básicas ha sido delegada a la Nación por las provincias "*siempre que la misma no importe un vaciamiento de tal dominio*" (López Alfonsín, 2008:938-943). En el esquema seleccionado por los constituyentes son las Provincias las que instrumentarán la aplicación de los presupuestos mínimos y -sin contrariarlos- podrán complementar, extender, o aumentar las exigencias de tutela del ambiente. Lo que las hace complementarias es la característica de que ambos sectores son llamados a concurrir en la formación de un sistema unificado.

En este marco, las nuevas leyes de presupuestos mínimos irrumpieron en el sistema jurídico argentino. La facultad que otorga a la Nación el art. 41 de dictar las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental recién se vio materializada a partir del año 2002, fecha en que se sancionaron cuatro leyes de presupuestos mínimos: Ley N° 25612 Gestión integral de residuos provenientes de actividades industriales y de actividades de servicios, Ley N° 25670 Presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de PCBs, Ley N° 25675 General del Ambiente. Este nuevo orden permite, desde los principios incorporados y los objetivos de política ambiental, establecer una reconstrucción del propio sistema jurídico ambiental ordenando el material normativo existente. La Ley General del Ambiente modifica la legislación ambiental vigente en forma substancial, ya que la ordena, le introduce nuevos principios, fija los objetivos políticos y establece nuevos mecanismos de concertación política. A las leyes de presupuestos mínimos señaladas les siguieron otras: Ley N° 25688 Régimen de gestión ambiental de Aguas, Ley N° 25831 Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, Ley Nº 25916 Gestión integral de Residuos Domiciliarios (vetada parcialmente por Decreto 1158/04). Entre 2004 y 2007 no hubo legislación sobre presupuestos mínimos ambientales, pese a que la temática era una constante en la gestión y el discurso político. En 2007 apareció la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de Bosques Nativos Nº 26331, y en 2009 la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para Control de actividades de Quema (Nº 26562). En 2010 se sancionó el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y Ambientes Periglaciares (Nº 26639). En 2012 se sancionó la Ley de presupuestos mínimos que organiza el Sistema Federal de Manejo del Fuego

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 38

Nº 26815 y en 2016 la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de los Envases Vacíos de Fitosanitarios Nº 27279.

De este modo, con el esquema de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental y las leyes complementarias provinciales y municipales, se logra una cierta coherencia y homogeneidad en la protección jurídica del ambiente, garantizando a todos los habitantes de la República Argentina la calidad del ambiente a nivel nacional y respetando al mismo tiempo las diversidades locales naturales y culturales. Esta complejidad de competencias y jurisdicciones, es un elemento que, por una parte limita la gestión ambiental nacional en tanto existen gestiones ambientales provinciales y municipales con competencia y, por otra parte, concurren las competencias en ciertas materias y situaciones y se excluye la competencia local en las situaciones de interjurisdiccionalidad de ciertas situaciones ambientales.

Es importante señalar el Capítulo 3 Ejercicio de los Derechos del Código Civil y Comercial de la Nación que contiene una de las disposiciones de directa aplicación en el campo del Derecho Ambiental. Se trata de la norma que pone límites al ejercicio de derechos individuales, propios o subjetivos, por causas socio-ambientales: "*Artículo14 - Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general*".

El artículo citado debe analizarse junto al Artículo 240 del Título III, Capítulo I Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, que presenta una Sección 3°, la cual regula los Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva: "*El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial*".

Sostiene Lorenzetti en la presentación del proyecto de Código Civil y Comercial que: "*En el Código Civil y Comercial se reconoce la categoría*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 39

de derechos de incidencia colectiva (artículo 14) y se introducen criterios para armonizar los derechos individuales con la integridad de lo colectivo mediante la figura del abuso de derecho (artículo 14) y el ejercicio compatible con la sustentabilidad (artículo 240). El paradigma colectivo pone el acento en las relaciones grupales y en los bienes colectivos".

Esto significa que el ejercicio de derechos individuales debe ser armónico con los derechos de incidencia colectiva y, de esta forma, se da un marco para los casos de ponderación de derechos.

Hemos podido observar en este apartado que la incorporación tanto del derecho ambiental como de los derechos humanos ha ido creciendo en el sistema jurídico argentino a partir de la reforma constitucional con la incorporación del art. 41 (apoyado por el Art. 43-acción de amparo), así como con la inserción de los tratados de derechos humanos; y luego con la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación que incorpora los derechos de incidencia colectiva y toma en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, así como los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad produciendo un nuevo paradigma de constitucionalización del derecho privado y de internacionalización del derecho constitucional.

V. Algunas reflexiones finales

Aunque el vínculo entre derechos humanos y medio ambiente es un área relativamente nueva en el derecho internacional, el gran número de declaraciones jurídicas que se han venido produciendo sobre la materia establecen prácticas y estándares internacionales relevantes para los Estados que deben buscar las modalidades y adoptar medidas para su incorporación en los sistemas de cada país.

Se ha visto, por un lado, el reconocimiento legal directo del derecho humano al medio ambiente sano tanto en la dimensión internacional como nacional. Explícitamente ha sido recogido en varias declaraciones de la ONU como la Resolución de la Asamblea General 45/94 que señala que: "*todas las personas tienen derecho a vivir en un ambiente adecuado para su salud y bienestar*". Algo similar se da en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos en el Protocolo de San Salvador (Art.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 40

11) y en la Carta Democrática Interamericana (Art. 15). En la dimensión nacional, hay un reconocimiento de este derecho en la cláusula constitucional del artículo 41. También por otro lado, un reconocimiento legal indirecto a través de los derechos que puedan ser afectados por la degradación ambiental (contaminación, destrucción de recursos) como el derecho a la vida, a la alimentación, a la participación y consulta, a la igualdad, a la integridad, a la intimidad de la vida familiar, y a la salud como para enunciar algunos.

En la dimensión nacional, se ha visto el reconocimiento jurídico constitucional, por una parte, del derecho a un medio ambiente sano y el deber de los particulares y del Estado a conservarlo y, por otra parte, el reconocimiento legal en el sistema de presupuestos mínimos de la calidad de bien jurídico tutelado con autonomía de fines directamente antropogénicos. Así, podemos referir algunas particularidades del derecho al ambiente sano, en tanto:

- derecho subjetivo a favor de todos los habitantes;
- norma programática de la actividad de los poderes públicos;
- criterio para la distribución de competencias entre niveles del Estado: nación, provincias y municipios.

Estas referencias nos llevan a considerar que el derecho humano a un medio ambiente sano y adecuado puede desdoblarse en virtud de su carácter híbrido: aunque predominantemente se trata de un derecho social, colectivo y grupal que refiere a la protección de la humanidad frente a las amenazas de deterioro ambiental; el derecho ambiental debe ser considerado a su vez como un derecho individual, subjetivo, personalísimo -o lo que es lo mismo-, un derecho humano básico, ya que la salubridad del ambiente es una condición para el desarrollo de la persona y la calidad de vida.

Es por esto que cada vez es mayor la tendencia a reconocer en el derecho ambiental un derecho autónomo de la personalidad. Sin un medio ambiente saludable, no podemos hacer realidad nuestras aspiraciones, ni vivir en un nivel acorde con unas condiciones mínimas de dignidad humana. Al mismo tiempo, la protección de los derechos humanos ayuda a proteger el medio ambiente.

De este modo se considera al derecho ambiental como un derecho eminentemente preventivo, con caracteres propios, con principios que

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 41

de ninguna manera pueden contrariar los derechos humanos ya que estos son parte de su configuración.

Hablamos de los principios de precaución y de prevención, por cuanto no se trata de reparar, sino de prevenir el daño, ya que, una vez ocurrido, sus efectos son casi siempre de carácter irreversible. Piénsese en casos de fenómenos como la lluvia ácida, el calentamiento de la tierra y su inevitable impacto sobre el derretimiento de los glaciares, el debilitamiento de la capa de ozono por la contaminación atmosférica, la muerte de extensas zonas de bosques con su biodiversidad a causa de la deforestación indiscriminada, la ampliación de la frontera agropecuaria para los monocultivos.

Cuando las personas están informadas sobre las decisiones que los afectan, y tienen la posibilidad de participar en ellas, pueden ayudar a garantizar que esas decisiones respeten su necesidad de tener un medio ambiente sostenible. Estos son los derechos relacionados que efectivizarían el derecho humano a un medio ambiente sano. Así lo reafirma la Carta Democrática Interamericana de 2001 cuando sostiene que el carácter participativo de la democracia en nuestros países en los diferentes ámbitos de la actividad pública contribuye a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en el hemisferio; además de reconocer que un medio ambiente sano es indispensable para el desarrollo integral del ser humano, lo que contribuye a la democracia. Más recientemente lo confirma el Acuerdo sobre el sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe.

Cada actor político -sea legislador, ejecutor, fiscal, juez, abogado/a, educador- y las comunidades deben asumir su rol en el desafío por reconocer el vínculo y la posibilidad de complementación entre el sistema de los derechos humanos y el derecho ambiental. En este sentido, la relación entre derechos humanos con el derecho y la política ambiental se convierte en un círculo virtuoso.

No obstante, no podemos olvidar que las problemáticas ambientales deben ser abordadas de manera integral, atendiendo al contexto. En ese marco, en Latinoamérica, desde hace varios años se viene construyendo un pensamiento propio, que da cuenta de nuestra realidad y de las identidades culturales de nuestros pueblos, intentando romper y superar la

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 42

mirada eurocéntrica, acrítica y hegemónica. Este pensamiento debe ser tenido en cuenta a la hora de abordar los problemas ambientales latinoamericanos y su relación con los derechos humanos vulnerados en la región, ya sea en lo que respecta a análisis teóricos, como también y especialmente, en las estrategias y acciones concretas de políticas públicas para enfrentarlos.

Bibliografía

BAZÁN, VICTOR Y QUESADA, LUIS J. (2014) Derechos económicos, sociales y culturales, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

CAFFERATTA, N. (2013) "Derecho ambiental. Enfoque constitucional e internacional", en S. Palacio de Caeiro, Tratado de Derecho Federal y leyes especiales, La Ley, Buenos Aires.

CEDHA (2002) Informe sobre derechos humanos y medio ambiente en América, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ocasión de la audiencia de carácter general celebrada en Washington D.C. el 16 de octubre del año 2002 (Recuperado de http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2011/05/Informe-sobre-DDHH-y-Medio-Ambiente-en-Am%C3%A9rica.htm.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017) Opinión consultiva: Medio ambiente y Derechos Humanos (OC-23/17) (Recuperada de http://www.cort eidh.or.cr/doc s/opiniones/se riea_23_e sp.pdf).

CUADRADO QUESADA, G. (2009) "El reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano en el Derecho Internacional y en Costa Rica", Revista Cejil Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano. Año IV Número 5 | Diciembre.

FERNANDEZ SANTIAGO, Alex (2011) "¿Colisión entre derechos fundamentales?: El derecho a la vivienda y el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado. Ocupación de áreas protegidas", RDAmb 25-197, CAFFERATTA, NESTOR, Summa Ambiental, T. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

GLOBAL WITNESS (2018) ¿A qué precio? Negocios irresponsables y el asesinato de personas defensoras de la tierra y del medio ambiente en 2017 (Recuperado de http://www.glob alwitness.org/e n/campaig ns/environ mental-activ ists/a-qué-precio/).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 43

JULIÁ, M. S. (2010) "Aspectos del desarrollo institucional ambiental en Argentina", Revista Luna Azul Nº 31, Manizales, Colombia, Universidad de Caldas.

KNOX J. H. (2012) Informe del Experto Independiente del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible (A/HRC/22/43) (Recuperado de http://daccess-d dsny.un. org/doc/UND OC/ GEN/ G12/189/ 75/PDF/ G1218975).

KNOX J. H. (2018) Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente (UN Doc. A/HRC/37/59), Informe Final del Experto Independiente del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

LOPEZ ALFONSIN, M. A. (2008) "Los presupuestos Mínimos de Protección Ambiental son Leyes Especiales", en Gentile, Jorge H. (Comp.). El poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Konrad - Adenauer-Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Montevideo, Uruguay.

LÓPEZ ALFONSÍN, M. y TAMBUSSI, C. (2007) "El medio ambiente como derecho humano" (Capítulo XI), en A. Gordillo, G. Flax, A. Loianno, G. Gordo, M. López Alfonsín, M. Ferreira, C. Tambussi, A. Rondanini, Derechos Humanos, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires (Recuperado de http://www.gordillo .com/ DH6/d h.pdf).

LORENZETTI, R. L. (1995) Las normas fundamentales de derecho privado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

MAZZUOLI, V. DE O. Y MOREIRA TEIXEIRA, G. DE F. (2015) "Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Revista Internacional de Derechos Humanos, Año V, Nº 5.

MORELLO, A. M. Y CAFFERATTA, N. A., (2004). Visión procesal de cuestiones ambientales, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

PONCE NAVA, D. (2014). "El Derecho Humano al Medio Ambiente en México", Política y Gestión Ambiental, Derecho Ambiental y Ecología (Recuperado de http://ceja.org.mx/IMG/El_Derecho_Humano_al_Medio_Ambi ente_ en_M exico .pdf).

RODRIGUEZ, C. A. (2012) El derecho humano al ambiente sano. Los derechos ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 44

RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (2017) Por un medio ambiente sano que promueva los derechos humanos en el sur global, Siglo veintiuno editores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

SAMANIEGO J. (2016) Sociedad, derechos y medio ambiente. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables al acceso a la información, a la participación pública y al acceso a la justicia, Santiago, CEPAL, Naciones Unidas.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 45

DERECHOS HUMANOS Y DEBIDO PROCESO AMBIENTAL

¿QUO VADUNT EN MATERIA DE PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD AMBIENTAL?*

HUMAN RIGHTS AND DUE ENVIRONMENTAL PROCESS:
QUO VADUNT *IN THE TOPIC OF ENVIRONMENTAL NON-REGRESSIVITY?*

Alicia Morales Lamberti**

* *Trabajo recibido el 17 de julio de 2019 y aprobado para su publicación el 6 de agosto del mismo año.*

** *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.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 46

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 47

Resumen: El presente trabajo procura evaluar -en base al principio de no regresividad de los derechos, que es compartido por el Sistema Internacional de Derechos Humanos (SIDH) y el derecho ambiental- algunos indicadores de necesidades, problemas y obstáculos de acceso al debido proceso ambiental, tomando como base las categorías transversales comunes a todos los derechos humanos: igualdad y no discriminación, acceso a la justicia y acceso a la información y participación.

Abstract: The present work seeks to evaluate -based on the principle of non-regressivity of rights, which is shared by the International Human Rights System (IACHR) and environmental law - some indicators of needs, problems and obstacles to access due process, based on the transversal categories common to all human rights: equality and non-discrimination, access to justice and access to information and participation.

Palabras-clave: Debido proceso ambiental - Principio de no regresividad- Acceso a la justicia ambiental.

Keywords: Due environmental process - Principle of non-regressivity - Access to environmental justice.

Sumario: I. Planteamiento. II. El principio de progresividad en acción: el derecho de acceso al agua y saneamiento como derecho humano y colectivo. II. 1. Reglas y conflictos en torno al derecho de acceso al agua y saneamiento. II. 2. Realización progresiva de los derechos al agua y el saneamiento. II. 3. Universalidad y no discriminación: Los principios y garantías de generalidad e igualdad. II. 4. Disponibilidad, continuidad absoluta y calidad. II. 5. Control de la contaminación, preservación de los recursos hídricos y percepción de derechos especiales por vertidos directos en los cursos de agua. II. 6. Accesibilidad física y accesibilidad económica. II. 7. Derecho al agua y saneamiento, acceso a la justicia y derechos colectivos relativos a intereses individuales homogéneos. III. Progresividad en los derechos de participación pública: audiencias públicas en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 48

III. 1. El debido proceso ambiental y las audiencias públicas previas. IV. Acceso irrestricto a la justicia ambiental y tutela judicial efectiva para los derechos de incidencia colectiva. IV. 1. Concentración territorial de competencias jurisdiccionales en razón de la persona pública demandada: incidencia en las acciones de amparo ambiental colectivo. IV. 2. La materia ambiental posee una competencia específica, que prevalece sobre cualquier otra norma provincial sustantiva o procesal que la contradiga. IV. 3. Afectación del principio de acceso efectivo a la justicia ambiental. IV. 4. Violación del principio de inmediatez judicial. IV. 5. La reforma profundiza la desigualdad de armas. V. A modo de conclusión: las tensiones entre progresividad y regresividad.

I. Planteamiento

La Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de su resolución 2398 (XXIII) de 1968[1], reconoció por primera vez que los daños graves al medio ambiente afectan la vigencia de los derechos humanos básicos[2].

Con la vigencia del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PSS), se receptó en su artículo 11 el derecho a un ambiente sano, estableciendo que "*Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos*", y que "*los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente*". Por su parte, el Artículo 10 (Derecho a la Salud), dispone que

[1] Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 2398 (XXIII) del 3 de diciembre de 1968. Problemas del medio humano. La relación entre calidad del medio ambiente y goce de derechos fue reconocida desde 1972, mediante la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano (más conocida como Declaración de Estocolmo). Posteriormente, este postulado fue reiterado por la ONU, en 1982, mediante la Carta Mundial de la Naturaleza.

[2] En particular, manifestó su preocupación por los efectos ocasionados por el deterioro constante y acelerado de la calidad del medio humano causado par factores tales como la contaminación del aire y de las aguas, la erosión y otras formas de deterioro como la deforestación, los desechos, el ruido y los efectos secundarios de los biocidas, que se veían acentuados por el rápido crecimiento de la población y por la urbanización acelerada.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 49

"*Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*", consagrando que "*Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público*".

El PSS resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales -que incluye el derecho a un medio ambiente sano - y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana,

De esta relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y el medio ambiente surgen múltiples puntos de conexión, por los cuales todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio. Esta interrelación y condicionalidad mutua, no debería verse afectada por el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo, por ser diferente al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal[3]. Los seres humanos son parte de la naturaleza y nuestros derechos humanos están interrelacionados con el entorno en que vivimos. Los daños ambientales interfieren en el disfrute de los derechos humanos y el ejercicio de esos derechos contribuye a proteger el medio ambiente.

De la misma manera, la Corte Internacional de Justicia ha resaltado que "*el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio vital, la calidad de vida y la propia salud de los seres humanos, incluyendo a las futuras generaciones*"[4].

La Comisión y la Corte Interamericanas han resaltado, a través de informes de país y de la revisión de peticiones individuales y casos, que los Estados tienen obligaciones relativas a la protección del medio ambiente que son necesarias para el cumplimiento de otros derechos garantizados por los instrumentos del Sistema Interamericano. Asimismo, estos dos órganos han sostenido que las afectaciones al medio ambiente

[3] Cfr. Opinión Consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), del 15 de noviembre de 2017.

[4] Caso Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría / Eslovaquia). Sentencia del 25 de septiembre de 1997, párr. 112.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 50

pueden constituir graves lesiones a otros derechos justiciables del Sistema interamericano como, por ejemplo, el derecho a la vida. Por ello, exigir a los Estados que garanticen la protección del medio ambiente se ha convertido en una vía idónea para garantizar otros derechos humanos[5].

Asimismo, el PSS incluye el mejoramiento del medio ambiente como una de las medidas de que deben adoptar los Estados para asegurar el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Si bien no existe una Observación General referida específicamente al derecho al medio ambiente sano, las observaciones 14 (sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud), 15 (sobre el derecho al agua) y 12 (sobre el derecho a una alimentación adecuada), aportan criterios sobre la dimensión ambiental de los derechos protegidos, tales como disponibilidad, accesibilidad, sostenibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

Por su parte, la jurisprudencia de la Comisión y la Corte interamericanas permite identificar algunas obligaciones específicas de los Estados que, además de proteger al medio ambiente, son útiles a la protección de otros derechos. Algunas de ellas son: adoptar medidas previas para proteger la seguridad y salubridad de la población en los casos de explotación de los recursos naturales[6] y las obligaciones de conservación del medio ambiente, especialmente en aquellos casos referidos a proyectos de desarrollo; hacer cumplir las normas tendientes a la protección del medio ambiente y no únicamente crearlas, pues como lo señaló la Comisión, "*Cuando el derecho a la vida, a la salud y a vivir en un ambiente sano ya está protegido por la ley, la Convención exige la efectiva aplicación y cumplimiento de la ley*"[7], entre otras.

[5] Los que con mayor frecuencia resultan lesionados por las afectaciones medioambientales son los derechos a la vida, la salud, la propiedad, el acceso a la justicia y el desarrollo. De manera particular, los pueblos indígenas son quienes más han visto afectados sus derechos fundamentales pues, como lo han reconocido múltiples instrumentos de derecho internacional –como la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, y el Convenio 169 de la OIT-, el bienestar físico, espiritual y cultural de las comunidades indígenas está íntimamente ligado con la calidad del medio ambiente en que desarrollan sus vidas.

[6] Ver por ejemplo el caso Yanomami vs. Brasil. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yanomami, Res. No. 12/85, Caso 7615 (Brasil), en Informe Anual de 1984 -1985, OEA / Serie L / V / II. 66, doc. 10, rev. 1 (1985).

[7] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, OEA / Serie L / V / II. 96, doc. 10 rev. 1 (1997).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 51

En especial, los casos en los que las afectaciones al medio ambiente han jugado un papel relevante, tanto la Comisión como la Corte Interamericanas han sido enfáticas en la importancia de los derechos procesales al acceso a la información, a la participación y al acceso a la justicia. Así, por ejemplo, en el informe de Ecuador de 1997, la Comisión señaló que cuando se presenten afectaciones al medio ambiente que puedan, a su vez, poner en riesgo la salud, "*es imperativo que la población tenga acceso a la Información, participe en los procesos pertinentes de toma de decisiones y cuente con recursos judiciales*"[8].

Esas categorías operan a modo de principios transversales: igualdad y no discriminación; acceso a la justicia y acceso a la información y participación pública. Estos principios transversales resultan sumamente útiles para relevar información sobre la situación de los sectores sociales que padecen problemas graves de desigualdad estructural e inequidad en materia ambiental, pero también para verificar la efectividad de las políticas que se encuentre implementando el Estado para garantizar a estos sectores el acceso a sus derechos sociales y ambientales. La importancia de los mismos es que no solo captan las situaciones de desigualad o falta de participación de sectores en condiciones de vulnerabilidad, sino que su propia entidad de transversales, permite identificar los recursos institucionales que en cada Estado se encuentran disponibles, para remediar problemas específicos de discriminación en el ejercicio de los derechos sociales y ambientales. Se aplican siempre y para cada derecho reconocido en el Protocolo[9].

La principal obligación en lo que atañe a resultados[10] (efectividad de los derechos), se refleja en el párrafo 1 del artículo 2° del PSS y es la de adoptar medidas "*para lograr progresivamente (…) la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]*". La expresión "progresiva efectividad" constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efecti-

[8] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. ult. cit, párrafos 92 a 93.

[9] Estos principios integran los estándares contemplados en el enfoque de derechos humanos, a saber: 1) contenido mínimo de los derechos y universalidad; 2) utilización al máximo de los recursos disponibles; 3) progresividad y no regresividad; 4) igualdad y no discriminación; 5) acceso a la justicia y mecanismos de reclamo; 6) producción de información y acceso; y 7) participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas públicas.

[10] El modelo adoptado para la medición de cumplimiento de derechos del Protocolo parte de la selección de tres tipos de indicadores que son: i) estructurales; ii) de proceso, y iii) de resultados.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 52

vidad de todos los derechos económicos, sociales y culturales y ambientales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes.

Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de contenido significativo, por cuanto la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PSS consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos ambientales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado.

El principio de no regresividad veda a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel de los derechos sociales y ambientales de los cuales goza la población, más aún si se encuentran en situación de vulnerabilidad y exclusión social[11]. Este principio supone la prohibición de adoptar políticas y medidas que empeoren el estándar de vigencia de los derechos ambientales. La obligación de no regresividad constituye una limitación constitucional a la reglamentación de los derechos sociales, que veda en consecuencia a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel de los derechos sociales y ambientales de que goza la población[12], porque ello configura una violación al artículo 26 de la Convención Americana.

La progresividad impone a los Estados la obligación de avanzar tras el objetivo de plena efectividad de los derechos receptados en el Pacto. Recíprocamente, la obligación de no regresividad se constituye, en uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado. En consecuencia, el derecho internacional de los derechos humanos establece pautas mínimas a las que los Estados se obligan[13]. El Estado se com-

[11] "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. Ciudad de Buenos Aires", Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 18/07/2007.

[12] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 4.

[13] La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha establecido que "la violación de un tratado internacional [y de un derecho] puede acaecer tanto por el estableci-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 53

promete, entonces, a garantizar un mínimo de derechos, pero nada impide reconocer en su derecho interno más derechos o reconocerlos en mayor medida que los instrumentos internacionales. El concepto de progresividad y no regresividad se relaciona con el conjunto de medidas y de derechos alcanzados por las previsiones del PSS en función del máximo de recursos disponibles, y las medidas deben ser las mejores que permitan los recursos de que se dispone.

A partir de esos dos parámetros, se derivaría que las obligaciones para los Estados respecto del derecho al medio ambiente sano (art. 11 PSS), son al menos las siguientes: a) garantizar a toda persona, tanto en su faz individual como colectiva, sin discriminación alguna, un medio ambiente sano para vivir; b) garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, servicios de agua y saneamiento; c) promover la protección del medio ambiente; d) promover la preservación del medio ambiente; y e) promover el mejoramiento del medio ambiente.

Las obligaciones enunciadas en los apartados c), d) y e), contienen la impronta y alcance paradigmático adoptado en su función hermenéutica por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha considerado importante resaltar que "*el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos*"[14].

---

miento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado (...)" (Ekmekdjian Miguel c/Sofovich, Gerardo y otros, sentencia del 07/07/92, Fallos: 315:1492). En sentido concordante en otro precedente (Fallos: 323:1339), el Máximo Tribunal sostuvo que "el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos, sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio" (Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional - s/Amparo Ley 16.986, sentencia del 01/06/2000, Causa A.186 LXXXIV).

[14] Cfr. Opinión Consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Hu-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 54

Con ese marco, el presente trabajo procura evaluar en base al principio de progresividad y no regresividad de los derechos -que es compartido por el Sistema Internacional de Derechos Humanos (SIDH) y el derecho ambiental-[15], algunos indicadores de progresos en la protección de los derechos ambientales, así como necesidades, problemas y obstáculos de acceso al debido proceso ambiental, tomando como base las categorías transversales comunes a todos los derechos humanos: igualdad y no discriminación, acceso a la justicia y acceso a la información y participación.

II. El principio de progresividad en acción: El derecho de acceso al agua y saneamiento como derecho humano y colectivo

Durante las últimas décadas se produjo un notable desarrollo de la legislación internacional en materia de derechos humanos en el ámbito del agua y el saneamiento. En 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) aprobó su Observación General Nº 15, que reconoce que el derecho al agua es un componente implícito, pero esencial, del derecho a disfrutar de un nivel de vida adecuado y del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, consagrados en los artículos 11 y 12 del PSS. Posteriormente, a través de la Resolución 64/292 (2010), la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que el agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La Resolución exhorta a los Estados, a proporcionar suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos.

El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. Ese mismo criterio se aplica también al saneamiento,

manos (CIDH), del 15 de noviembre de 2017.

[15] Cfr. Art. 4º Ley 25675: *Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 55

de conformidad con los principios de no discriminación, igualdad de género, participación y rendición de cuentas"[16].

Con ello, la concepción del derecho al agua como derecho humano a la satisfacción de necesidades básicas de uso, consumo y saneamiento y el correlativo rol que asume el Estado respecto a su provisión, impide concebir al agua potable exclusivamente desde una perspectiva de economía de mercado[17]. Su acceso se relaciona con la prestación de servicios públicos, pero bajo una visión ampliada de los principios que gobiernan la prestación de los mismos, ya que su tratamiento es el de un bien social destinado a la mejora de los resultados en términos de salud pública, reducción de la pobreza, el desarrollo económico y social y el medio ambiente. No obstante, el informe de la Organización Mundial de la Salud y del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia[18] daba cuenta que 2.600 millones de personas siguen sin tener acceso a esos servicios.

A diferencia de otros servicios públicos, la prestación del servicio de agua y saneamiento, debe contemplar distintas variables sociales, económicas, ambientales y culturales que se encuentran implicadas, por cuanto el derecho al agua potable y el saneamiento es jerarquizado como un derecho humano. En ese sentido, los principios de universalidad, equidad y cobertura resultan inherentes del derecho humano al agua, con el fin de garantizar la universalidad del acceso al agua potable y saneamiento; la equidad en el acceso, sobre una base no discriminatoria y la adopción de medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua.

Por ello, siendo que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y constituye condición previa para la realización de otros derechos humanos[19], su regulación comprende no sólo la relación

[16] La Asamblea General de las Naciones Unidas reiteró el reconocimiento del agua y el saneamiento como derechos humanos en julio de 2010 y el Consejo de Derechos Humanos hizo lo propio en septiembre de 2010 (A/RES/64/292 y A/HRC/RES/15/9).

[17] Cfr. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD: *Agua y Saneamiento: Evidencias para políticas públicas con enfoque en derechos humanos y resultados en salud pública*, Washington, D.C. OPS, 2011.

[18] Programa Conjunto OMS/UNICEF de Monitoreo del Abastecimiento de Agua y del Saneamiento, Progresos en materia de saneamiento y agua: informe de actualización 2010 (Ginebra, 2010).

[19] La Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución A/64/L.63/Rev.1 (2010), sobre Derecho Humano al Agua y el Saneamiento, declaró

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 56

concedente-prestador-usuario, sino también su preexistente condición de recurso natural limitado y escaso, cuyo acceso incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado mediante una adecuada regulación y un debido proceso judicial[20].

Complementariamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Kersich"[21], ha aportado a la progresividad de este derecho, adicionando la valoración de su dimensión biocéntrica: "*La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado; esta visión ha cambiado: ahora el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente*".

Más ampliamente, el Máximo Tribunal ha reconocido que "*El ambiente no es un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, ello surge del art. 41 de la Constitución Nacional, que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente, deberes que en el derecho infraconstitucional se desarrollan en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado*".

"*el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos*". Asimismo, volvió a exhortar a los Estados y las organizaciones internacionales a intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento.

[20] Por Res. A/HRC/RES/27/7 (2014), el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas exhorta a los Estados. a que "*velen por que todas las personas tengan acceso sin discriminación a recursos efectivos en caso de violación de sus obligaciones respecto del derecho humano al agua potable y el saneamiento, incluido recursos judiciales, cuasi judiciales y otros recursos apropiados*".

[21] "Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo", 02.12.2014. Más recientemente, Cfr. "Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza", sentencia del 01.12.2017. párr. 8º del consid. 5 donde la Corte Suprema en ejercicio de su jurisdicción dirimente, sostuvo: "*El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario*".

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 57

II. 1. Reglas y conflictos en torno al derecho de acceso al agua y saneamiento

El servicio público de agua y saneamiento, por integrar genéricamente la noción de servicios públicos domiciliarios, comparte con estos los principios básicos de generalidad, igualdad, regularidad, continuidad y obligatoriedad. En el orden constitucional, el art. 42 de la Constitución Nacional requiere que dicho servicio garantice a los usuarios la protección de la salud, su seguridad e intereses económicos, el acceso a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección (aun cuando su prestación se caracteriza por ser un monopolio natural y legal) y a condiciones de trato equitativo y digno. En todos los casos, recae sobre el Estado garantizar la calidad y eficiencia de dichos servicios públicos.

La evidente desigualdad y desproporción existente entre el usuario del servicio y el concesionario determinó que, además de los medios de control y protección genéricos -que quedan a cargo de todas las autoridades-, se previera la creación de órganos de control específicos que se ocupen del control y la protección del usuario. Sin embargo, y a pesar de las previsiones constitucionales y legales, en la práctica, la actuación de los organismos de control de los servicios públicos ha sido pasible de numerosas críticas por parte de la sociedad, la doctrina y la jurisprudencia[22]. Sobre todo, en lo referido a su ineficacia e ineficiencia para llevar a cabo las tareas encomendadas, su falta de independencia respecto del poder político y su "captura", en algunos casos, por parte del concesionario[23].

La provisión de agua potable constituye un servicio público vital para la salud que debe ser prestado en condiciones que garanticen su continuidad, regularidad, calidad y generalidad, de manera tal que se asegure su eficiente prestación a los usuarios, la protección del medio

[22] La práctica judicial, ha determinado una riquísima producción jurisprudencial en la materia, admitiendo cada vez más la legitimación amplia de las asociaciones de usuarios para actuar en defensa de los intereses de los mismos. La generalización del recurso de amparo, contemplado por el art. 43 de la Constitución argentina, como forma de hacer efectiva la protección del derecho al agua, ha dado cuenta de ello.

[23] PINTO, Mauricio - LIBER, Martín - TORCHIA, Noelia - RUIZ FREITES, Santiago - GONZÁLEZ DEL SOLAR, Nicolás. "Configuración del derecho al agua: del uso común al derecho humano. Particularidades de su integración y expansión conceptual", en LLGran Cuyo 2007 (mayo), 386.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 58

ambiente y el uso racional del recurso. Con ese marco, los variados conflictos que se verifican en torno al acceso al servicio de agua y saneamiento, reconocen la influencia e interconexión de los principios de universalidad, equidad y cobertura del servicio, con las características que resultan inherentes del derecho humano al agua.

La conceptualización del derecho al acceso al agua ha producido un nuevo salto cualitativo en la protección de tal prerrogativa humana, consolidándose sus características de valor indispensable no sólo para la subsistencia, sino también en el campo propio de los derechos humanos[24]. El derecho al agua y al saneamiento se vincula con la calidad de vida y con la satisfacción de otros derechos humanos, porque vincula tal prerrogativa humana, a las necesidades vitales de subsistencia que amparaba el uso común[25]. Conforme a ello, se ha considerado procedente disponer la inmediata rehabilitación del servicio, pues el Estado a través del Poder Judicial, tiene la obligación de asegurar el acceso de las personas al agua potable, en tanto, se trata de un derecho humano fundamental que nace de la Constitución Nacional[26], debiendo ser brindado de ser necesario, por medios alternativos dado que el agua es esencial para la vida.[27]

II.2. Realización progresiva de los derechos al agua y el saneamiento

Corresponde a los Estados la responsabilidad de una concreción progresiva de los derechos al agua y el saneamiento a través de un marco legislativo y regulador que rija la acción de todos los suministradores del servicio, públicos y privados[28]. Esta obligación de los Estados, aprovechando al máximo los recursos disponibles, supone el principio de no retroceso (no regresión) y el principio de no discriminación.

El cambio de paradigma que supone el reconocimiento del derecho al agua como derecho humano básico, incide directamente en los requi-

[24] "Club Defensores de Torino v. Aguas de Corrientes SA", Cám. de Apelac. en lo Civil y Com. de Corrientes, sala IV, 24/02/2012.
[25] "Benítez, M. y otros v. Munic. de Neuquén y otro", Cám. de Apel. Civil, Com., Lab. y Min. de Neuquén Sala I, 05/10/2012.
[26] "Vallejos Ripoll, C. c. Aguas de Corrientes S.A.", Cám. de Apelac. Civil y Com. de Corrientes, sala IV, en LLLitoral 2009, 907.
[27] "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. Ciudad de Bs. As.", Cám. de Ap. Contenc. Adm. y Trib. CABA, Sala I, 18/07/2007.
[28] Suprema Corte de Buenos Aires, A 69021, in re: "Utilducto S.A.", sent. del 08/07/2008.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 59

sitos administrativos y procesales para acceder a su defensa, cualquiera sea la calidad del concesionario (privado o estatal)[29]. La prestación de servicios por operadores privados también puede resultar preocupante en lo que respecta a otros principios y normas importantes de derechos humanos, como los principios de "realización progresiva" y no regresión, de participación y rendición de cuentas. Adoptada la decisión de privatizar, especialmente en el contexto de crisis económica, la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos de agua y saneamiento, ha sido una de las condiciones impuestas para los rescates firmados con los países endeudados[30], el proceso de venta de activos no ofrecería suficientes oportunidades para una participación ciudadana significativa[31].

II.3. Universalidad y no discriminación: los principios y garantías de generalidad e igualdad

Generalidad e igualdad, prescriben que el servicio debe ser prestado en igualdad de condiciones, sin que sea posible discriminar entre los usuarios, lo que no obsta a que se establezcan categorías, en tanto dentro de las mismas se dispense el mismo trato a todos.

La violación de dichos principios de generalidad e igualdad se ha visto patentizada en variados precedentes jurisprudenciales, vinculados a pueblos originarios[32], no obstante que se trata de un servicio universal básico que forma parte de las políticas en materia de salud[33], que desde

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

[30] Vg. los Memorando de Políticas Económicas y Financieras y Técnico de Entendimiento entre el Fondo Monetario Internacional y Grecia del 21 de diciembre de 2012. Disponible en www.imf.org/external/np/loi/2012/grc/122112.pdf.

[31] Consejo de Derechos Humanos: Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, (A/HRC/24/44), 2013.

[32] Vid. "Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay", Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17/06/2005 y CSJN "Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento", 18/09/2007.

[33] "Quevedo Miguel A. y otros c/ Aguas Cordobesas S.A. Amparo", Juzg. de 1ª Inst. y 51 Nom. Civil y Com. de Córdoba, 2002.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 60

el punto de vista normativo, está reconocido en tratados internacionales con rango constitucional siendo extensivo no sólo a la salud individual sino también a la colectiva[34]; no pudiendo el juzgador escudarse en cuestiones formales, sin abrir la efectiva investigación del hecho y dar una pronta solución al problema, frente a la ausencia de prestación del servicio público de agua potable[35].

También se ven comprometidos frecuentemente ambos principios en relación a grupos sociales vulnerables, tales como barrios de emergencias[36] o personas indigentes[37], a cuyo respecto el Estado debe garantizar el suministro de agua potable, aun cuando "si bien el acceso al agua potable requiere de una política estatal en la materia que establezca sistemas de suministro, ello no implica que el servicio pueda ser relegado mientras tales políticas son implementadas, sino que debe ser brindado por medios alternativos dado que el agua es esencial para la vida". De esta manera, los principios de generalidad e igualdad, se encuentran asociados a la superación de las pre-existentes desigualdades sociales en cuanto al medio ambiente y condiciones de vida de residentes de zonas marginales[38]. Por tratarse de un elemento esencial que se erige como derecho humano fundamental[39], se ha ordenado garantizar a un barrio de emergencia el suministro de agua potable mediante camiones cisterna, por cuanto constituye parte esencial del derecho a la vida y a la salud.[40]

En correlación a la obligatoriedad de la prestación del servicio de agua y saneamiento, sin discriminaciones de ninguna clase, se impone

[34] "Florit, Carlos A. y otro v. Provincia de Buenos Aires y otra", S.C. de J. de la Provincia de Buenos Aires, 25/04/2012.

[35] "Rodríguez, Víctor c/ Prov. de Buenos Aires – Min. de Educ. de la Prov. de Buenos Aires", C. Cont. Adm. de San Martín, 02/10/2007.

[36] Cfr. "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. CABA", Cám. de Apel. en lo Cont. Administ. y Trib. de la CABA, Sala I, 18/07/2007 y "Asociación de Vecinos de la Boca s/ archivo", Cám. en lo Contenc. Adm. Federal de la CABA, Sala 1, 05/05/2011.

[37] Vid. "Bustos Rubén Alberto y otros c/ Aguas Cordobesas-Amparo", Juzgado de 1ª y 51º Nom. Civil y Com. de Córdoba, 2002.

[38] "Contaminación Río Reconquista", Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, 26/08/1992.

[39] "Negrelli, Oscar y otro v. Poder Ejecutivo y otro", Cámara de Apelaciones en lo Cont. Administrativo de La Plata, 20/11/2012.

[40] Cfr. "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. Ciudad de Buenos Aires", Cám. de Apel. en lo Contenc. Administ. y Tributario de la CABA, Sala I, 18/07/2007 y "S.N.C. c. Aguas de Formosa S. A.", Juzgado de 1ª Inst. Civil y Comercial Nº 1 de Formosa, 17/05/2001.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 61

la conexión forzosa e irrenunciable del usuario, basado en razones de sustentabilidad del servicio. En ejercicio de ese monopolio natural y legal, la autoridad de aplicación o el concesionario, pueden obligar a los propietarios de inmuebles ubicados en las áreas a servir al pago por el servicio puesto a su disposición -se haga o no uso de él-, por cuanto es compulsiva la conexión para quienes tienen la red a su disposición[41]. Dicha obligación es forzosa e irrenunciable para usos domésticos, pero como contrapartida, en ningún caso dichos servicios pueden suspenderse por falta de pago ni por ninguna otra causa[42].

En ese marco, se ha cuestionado si la anulación por parte de la autoridad de aplicación, de una nueva red de cañerías instalada, habilita al amparista a ingresar a su domicilio agua potable, por ser un derecho personalísimo que no ofende el orden, ni la moral pública, ni perjudica a terceros (art. 19, CN), sosteniendo el tribunal que "sólo transgrediría el monopolio legal, si pretendiera instalar una red de cañerías de agua potable paralela; pero no si sólo procura proveer de agua potable a su domicilio mediante el camión cisterna"[43].

En estos casos, resulta esencial percibir la limitación de contratación o negociación de los usuarios de agua, tanto respecto de las peculiaridades físicas del suministro, la conexión o habilitación, como frente a las necesidades básicas de quienes reciben el servicio. Por ello, si la Constitución Nacional (art. 42) prevé que los usuarios de los servicios tienen derecho a la protección de sus intereses económicos y a la libertad de elección con un trato equitativo y digno y el control de los monopolios, las normas provinciales que obligan a la conexión, permitiendo de manera frecuente el cobro por servicios no prestados, resultarían violatorias de las normas constitucionales, dando sustento a un trato arbitrario e inequitativo[44].

Se advierte así, que varios problemas se relacionan con el discernimiento de si la prestadora puede o no cobrar por un servicio que no presta concretamente, cuestión que se vincula a la distinción entre precio

[41] Vid. ley mendocina 6044 (arts. 18 y 19); Código de Aguas de Córdoba (ley 5589, arts. 98 y 99) y Dec. 878/2003 de Buenos Aires.
[42] Arts. 98 y 99, Código de Aguas de la Provincia de Córdoba.
[43] "Kobylansky, M. N. c. Dalvian S. A.", Cámara 2ª de Apelac. Civil, Com., Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 15/06/2000.
[44] "Bucca, Madalit c/ Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. y otros", Corte Sup. Just. Santa Fe, 23/02/2005.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 62

y tarifa, según las características de la prestadora, así como si el canon constituye una tasa que, por su propia naturaleza, supone una efectiva y definida contraprestación. Comprende también la situación del "no usuario" fuera del área de cobertura del servicio de agua potable, por inexistencia de red de distribución de agua, por lo que cualquier intento de cobro por la concesionaria de un servicio no prestado, deviene incausado[45]. También carecería de causa, si el prestatario pretende cobrar dicho servicio de modo individual, en relación a cada unidad funcional de un edificio, si el mismo reviste carácter general y común, pues al no existir prestación particularizada el importe abonado no retribuye ni compensa un servicio efectivamente prestado a cada propietario[46].

También se ha considerado inadmisible e inconstitucional el corte de agua potable como respuesta a la falta de pago -no importa si lo impone un particular, una empresa privada o el más alto nivel del Estado-, en razón que es inoficioso abocarse a considerar el planteo respecto a que la normativa actual otorga esta atribución a la prestadora, sin prever una segunda instancia de revisión administrativa y/o judicial previa[47].

En estos casos, la prolongación en el tiempo de un servicio que sólo en forma esporádica satisface niveles de presión mínimos no puede considerarse regular en esta materia puesto que de tal forma se estaría trasladando el mantenimiento del servicio al usuario quien debería ocuparse constantemente de la recolección del líquido en los momentos en que éste se encuentra disponible. Por lo demás, dicha posibilidad genera a su vez riesgos respecto de la salubridad del agua depositada por el propio usuario quien, en general, no cuenta con instalaciones apropiadas a tal fin en ámbitos residenciales[48].

Los principios de generalidad e igualdad en la prestación de servicios públicos de agua y saneamiento, también dan cuenta de la importancia de la existencia de un único plan director, que permita analizar en forma

[45] "Sosa, José E. v. Ente Regulador de Servicios Públicos –ERSEP", Cámara Contenc. Adm. de Córdoba, sala 1ª, 11/04/2005.
[46] "Pizarro, Eduardo J. y otros c. Aguas Cordobesas S.A.", Cámara de Apelac. Civil y Com. de 7ª Nom. de Córdoba, 27/05/2004.
[47] "Usuarios y Consumidores en Defensa de sus Derechos Asociación Civil c. Aguas del Gran Buenos Aires S.A.", Juzgado de Paz de Moreno, 21/08/2002.
[48] Cfr. "Vecinos Distrito Oeste Rosario Usuarios Serv. Sanit. Favario, Ivan v. Provincia de Santa Fe", Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario, 30.11.2005.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 63

conjunta las deficiencias y las necesidades estructurales como así también las posibles soluciones, que no deberán hallar restricciones ni obstáculos en función de las divisiones políticas del territorio en cuestión[49]. El cumplimiento de dichos principios, se adunan a la exigencia del nivel de cobertura del servicio en relación a la población y un plan director único, por cuanto éste "*responde a la necesidad de dar un tratamiento homogéneo e igualitario a la totalidad cuenca, unificando los parámetros de calidad, los criterios de medición de los distintos indicadores de incidencia ambiental, y en definitiva tiende a lograr la unidad en el cumplimiento de las normas de tutela de los recursos naturales de la cuenca y un tratamiento igualitario de sus habitantes*"[50].

II.4. Disponibilidad, continuidad absoluta y calidad

Los principios y garantías de regularidad, continuidad absoluta y calidad implican la continuidad importa la obligación de prestar el servicio de manera ininterrumpida que, en el caso de los servicios de agua y saneamiento se caracteriza por su continuidad absoluta, por estar en juego condiciones básicas de higiene y salud comunitarias.

Al respecto, si bien aún persisten regulaciones que habilitan al corte del servicio por falta de pago[51], la regla de la mayoría de los marcos regulatorios provinciales, es la prohibición de interrumpir o suspender por falta de pago ni por ninguna otra causa, su suministro por entender que responde a una necesidad vital.

[49] La CSJN con fecha 08-07-08, in re "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros" ordenó a la ACUMAR el cumplimiento del programa dispuesto, tendiente a la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos). En relación a la expansión de la red de agua potable y saneamiento cloacal, ordenó informar periódicamente sobre los avances en las obras tendientes a brindar estos servicios básicos a los habitantes de la cuenca.

[50] "Acumar s/expansión de Red de Agua Potable y Desagües Cloacales en la Cuenca Alta y Partido de Merlo", Juzgado Federal de Quilmes, 23/03/2011.

[51] Vg. la ley tucumana Nº 6529 (1994) regulatoria del servicio de agua potable, no obstante que la misma norma, taxativamente establece: "Deberá en todo momento, tenerse en consideración la protección de la salud pública" y que el Dec. Nº 1091/2003, reglamentario de la citada ley, califica al agua y saneamiento como "servicios de medicina preventiva" que evitan innumerables enfermedades de origen hídrico.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 64

La provisión de agua constituye un servicio de carácter permanente o constante que requiere una continuidad absoluta. Con este alcance, se ha considerado que "*la provisión de agua potable compromete el bienestar y salud general de la población (…) el corte de dicho servicio es una medida de extrema gravedad que debe ser interpretada restrictivamente*"[52]. A ello cabe agregar que la provisión de agua potable es un servicio insustituible[53], constituye una necesidad colectiva que no puede ser interrumpida, ya que su continuidad es absoluta, y su prestación debe ser igualitaria y en uniformidad de condiciones[54].

Otro aspecto de la continuidad se relaciona con la regularidad del servicio. Ello significa que el servicio debe ser prestado conforme a reglas y condiciones preestablecidas que importan, entre otras cuestiones la imposición a la concesionaria de planes de operación y expansión, así como del mantenimiento, la conservación, la renovación y la sustitución de los bienes afectados al servicio público de agua potable[55], así como la obligación de la empresa concesionaria del mantenimiento de las instalaciones averiadas[56].

La disponibilidad del acceso al agua y saneamiento, implica también el cumplimiento de las condiciones de cantidad y calidad suficientes en las que el servicio debe ser prestado (niveles de presión, composición química, potabilidad del agua, etc.), cuyo incumplimiento habilita un amparo iniciado con el objeto de que la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario cumpla con los módulos de calidad contemplados en el marco regulatorio y el Código Alimentario Argentino[57].

Lo anterior se relaciona con la necesidad de establecimiento de niveles guía de calidad de agua ambiente, que sirvan como criterios refe-

[52] "Ramos, Elsa M. v. Sociedad Aguas del Tucumán -SAT SAPEM", C. Cont. Adm. Tucumán, sala 1ª, 30/10/2006.

[53] "Santino, Vicente Alberto v. Aguas Argentinas S.A. s/amparo", C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 22/10/2002.

[54] Cfr. "Quevedo Miguel Ángel y otros c/ Aguas Cordobesas S.A.", Juzg. de 1ª Inst. y 51 Nom. Civil y Com. de la ciudad de Córdoba, 2002 y Cám. Nac. Fed. Civ. Com. Capital Federal, Sala de feria, in re "Torre, Hugo c/ Aguas Argentinas S.A. s/ Amparo", 22.01.2001.

[55] "Aguas Cordobesas S.A. c. Provincia de Córdoba", TSJ de la Provincia de Córdoba, Sala Cont. Administrativa, 14/10/2005.

[56] Cámara Cont. administrativa de 2ª Nom. de Córdoba, in re "Caminos, Víctor Hugo c. Aguas Cordobesas S.A.", 31/05/2012.

[57] "Conde, Alberto v. Aguas Bonaerenses SA – ABSA", Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 30/11/2011.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 65

renciales para definir su aptitud en relación con los usos que le sean asignados. Sobre la base de tales criterios, las autoridades hídricas provinciales tienen el cometido de establecer objetivos y estándares de calidad para sus cuerpos de agua y el de diseñar e implementar las acciones de evaluación y control tendientes a proteger o restaurar la calidad de sus cuerpos de aguas de acuerdo a los usos que les asignen a los mismos.

Parte esencial de la regla de "continuidad" de la prestación del servicio de agua potable, se basa en que toda persona tiene derecho a gozar de un medio ambiente sano y el agua es un elemento vital para el hombre y en relación al uso de los servicios, los consumidores tienen derecho a la protección de su salud y seguridad, los que se ven resentidos ante el corte del servicio de provisión de agua o su reducción. La atemperación de los efectos de los cortes del servicio de provisión de agua potable, por tratarse de la provisión de agua potable de un servicio insustituible[58], ha sido considerada cualquiera sea la causa por la falta de pago, garantizando la provisión de un mínimo de agua potable para cubrir las necesidades vitales de una familia, hasta cubrir 200 litros diarios[59] como dotación de consumo mínimo doméstico; o bien garantizando la entrega de agua envasada con las condiciones de potabilidad garantizadas y de calidad apta para el consumo humano, hasta tanto el servicio se restituya con la normalidad requerida[60].

La provisión domiciliaria de bidones de agua potable, no inferior a los 200 litros mensuales por persona, ha sido el parámetro de respeto a la salud y dignidad humana de un pronunciamiento de la Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, confirmando el pronunciamiento que acogió la adhesión de 2.641 nuevos actores al amparo planteado por Juan Gabriel Kersich y otros -para que se suministre agua potable, de conformidad con los niveles de arsénico, cloruros, fluoruros y sólidos

[58] "Santino, Vicente Alberto v. Aguas Argentinas S.A. s/amparo", C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 22/10/2002.

[59] "Argañaraz, M. Francisco Godoy Juan Carlos y Otros" c/Aguas Cordobesas S.A., Cámara 8ª de Apelaciones Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, 24.03.2004 y "Marchisio José Bautista y otros – Amparo" (Expte. N° 500003/36), Juzgado Civil y Comercial de 8º Nominación, de la Ciudad de Córdoba, 19.10.2004.

[60] Cfr. "Asoc. Ambientalista del Sur c. Azurix S. A. y otros", Cám. 1ª de Apelac. en lo Civil y Com. de Bahía Blanca, sala II, 03/05/2000 y "Solari, M. y Otros c/ Municipalidad de Alberti", Cám. de Apelac. en lo Contenc. Adm. de La Plata, 10/08/2010.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 66

dispuestos en el Código Alimentario Argentino, atento a los altos niveles de arsénico que registraba el agua de consumo en una localidad[61].

El fundamento de esa medida cautelar, residió en que el agua que suministraba la prestataria, no era potable para consumo humano, de acuerdo a los valores guías de la OMS, de acuerdo a los resultados de análisis físicoquímicos realizados y adjuntados a la causa judicial, los cuales revelaron un nivel de arsénico en agua de hasta 17 veces superior (0,17 mg/l As) al máximo permitido por la OMS (0,01 mg/l As), como así también, valores muy elevados en nitratos, evidenciándose una situación de riesgo de daño grave e irreparable a la salud de todos los habitantes de la ciudad[62].

II.5. Control de la contaminación, preservación de los recursos hídricos y percepción de derechos especiales por vertidos directos en los cursos de agua

La potestad regulatoria que poseen las Provincias conforme los preceptos constitucionales y legales, no anulan las facultades legislativas que poseen municipios en orden al ejercicio de poder de policía ambiental y de salud humana[63], el cual, en virtud de su autonomía y dentro de los límites que esta importa, se dan su propio marco legal. Los municipios y comunas tienen en general competencia en materia de regulación de las edificaciones, con facultad para la exigencia de construcción y mantenimiento de plantas depuradoras de líquidos cloacales, incluyendo barrios privados, siendo obvio que resulta titular de la competencia para controlar su ejecución y correcto funcionamiento, así como para controlar el vertido de efluentes cloacales como manera de evitar la contaminación ambiental en el ejido urbano, pudiendo aplicar sanciones en caso de comprobar infracciones[64].

[61] Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires "Kersich Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo -Legajo art. 250 C.P.C.C.-", 22.02.2012.

[62] Cámara Contencioso Administrativo de la Plata "Kersich Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo -Legajo art. 250 C.P.C.C.-", 2011. En sentido similar, Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Buenos Aires, "Boragina, Juan Carlos, Miano, Marcelo Fabián y Lúdica, Juan Ignacio c. Municipalidad de Junín", 15/07/2009.

[63] "Galvanotécnica Córdoba S.A. c/ Municipalidad de Córdoba – Plena Jurisdicción", Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de la Prov. de Córdoba, 29.10.2010.

[64] "Las Delicias SA v. Municipalidad de Córdoba", Cámara 1° de Apelac. en lo

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 67

II.6. Accesibilidad física y accesibilidad económica

Cortes del servicio de agua por falta de pago y sobrefacturaciones: La problemática de los cortes del servicio por falta de pago, han suscitado dos tendencias jurisprudenciales contradictorias. Por una parte, una postura minoritaria que continúa sosteniendo que sin perjuicio del carácter de derecho inalienable que debe reconocerse al "agua saludable", como perteneciente a la persona humana (art. 41 CN), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11), entre otras de igual jerarquía normativa, ello "*no implica que ninguna norma reglamentaria o de concesión del servicio público de agua potable, pueda autorizar el corte del servicio por cualquier motivo, aunque lo sea por el no pago de tales servicios*[65]. El suministro de agua potable –se sostiene- trata de una relación de consumo de acuerdo a lo establecido por el art. 42 de nuestra Constitución Nacional que *"no solamente protege la salud, sino también la seguridad e intereses económicos*"[66].

La otra postura –que se aparta progresivamente de esa tendencia- constata que no puede desconocerse que los servicios públicos de agua potable y saneamiento "*son actividades estrictamente vinculadas al bienestar general y la calidad de vida, a la vez que de su calidad final y eficiencia dependen, en gran medida, la dignidad de los habitantes y que su ausencia puede afectar la salud de los habitantes*"[67], lo que implica en todos los casos, que se garantice un mínimo de caudal diario que permita subvenir las necesidades básicas de una familia[68].

Es por ello que los caracteres generales de todo servicio público se ven reconfigurados en función de la naturaleza del derecho al agua, ya que su ausencia tiene numerosas implicancias que afectan la salud, en especial de la población más vulnerable social y ambientalmente[69], re-

Contenc. Administrativo de Córdoba, 16.04.2010.

[65] "Vallejos Ripoll Carlos María c/ Aguas de Corrientes S.A. s/ Amparo", citado anteriormente.

[66] "Marcoré Marta S. c/Aguas de Corrientes S.A. s/Amparo", Cámara de Ap. Civil y Comercial de Corrientes, Nº 4, 06/12/2011.

[67] Cfr. "Conet c. Cooperativa de Luz y Fuerza de Villa de Soto", TSJ de la Provincia de Córdoba, sala civil y com., 05/03/1991.

[68] "Argañaraz, M. Francisco y Otros" c/Aguas Cordobesas S.A., Cámara 8ª de Ap. Civil y Com. de Córdoba, 24.03.2004.

[69] "Quevedo Miguel Angel, Márquez Ramón Héctor y Otros c/ Aguas Cordobe-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 68

sultando procedente ordenar la restitución del servicio de provisión de agua potable en condiciones que aseguren la continuidad y generalidad del mismo[70], frente al daño inminente que traería aparejado la falta de pago de la facturación cuestionada, esto es, el corte del servicio de agua al usuario[71].

En todos los casos, debe tenerse en cuenta, que se trata de un servicio público que se presta bajo la figura de un monopolio natural y legal que ejercen las concesionarias para la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, lo que no autoriza el trato arbitrario al consumidor[72], ni al corte del suministro del agua corriente por falta de pago sin dar al usuario la posibilidad de ejercer reclamos administrativos previos[73]; habilitando a suspender la obligación de pago por parte de usuarios de las facturaciones emitidas por la empresa demandada, por tener un incremento injustificado[74], por cuanto una tarifa es proporcional cuando los precios efectivamente pagados por los usuarios guardan una razonable correspondencia con la prestación efectiva, calidad y cantidad del servicio suministrado[75].

Asimismo, la aprobación de un nuevo régimen tarifario para el servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales resulta esencial que se encuentre garantizado el derecho a la información pública, el que no se agota en la solicitud de la información, sino que cumple una función instrumental, para el ejercicio del derecho de los usuarios a controlar la razonabilidad de las tarifas, cuyo aumento requiere como requisito de validez la realización previa de una audiencia pública[76] y la articula-

sas S.A.", Juzgado de 1ª y 51º Nom. Civil y Com. de Córdoba, 2002. Similar criterio sostuvo el mismo tribunal in re "Bustos Rubén A. y otros c/ Aguas Cordobesas-Amparo".

[70] "Kobylansky, Mercedes N. c. Dalvian S. A.", Cám. 2ª de Ap. Civil, Com., Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 15/06/2000.

[71] "Ronchi, Pablo J. c/Aguas Argentinas S.A. s/Amparo (incid. apelación)", Cámara Federal de Apelac. de La Plata, 07.02.2002.

[72] "Kobylansky, Mercedes N. c. Dalvian S. A.", citado anteriormente.

[73] "Vallejos Ripoll, C. c. Aguas de Corrientes S.A.", Cám. de Apelac. Civil y Com. de Corrientes, sala IV, 2009.

[74] "Defensor del Pueblo de Santiago del Estero c. Aguas de Santiago S. A.", ST de Justicia de Santiago del Estero, 10/03/1999.

[75] "Negrelli, Oscar R. y otro v. Poder Ejecutivo y otro", Cámara de Ap. en lo Cont. Administrativo de La Plata, 20/11/2012.

[76] "Conde, Alberto J. L. v. Aguas Bonaerenses SA – ABSA", Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Buenos Aires, 30/11/2011.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 69

ción de mecanismos de gestión transparentes que garanticen a los usuarios el preaviso de la medida con razonable antelación, la debida información previa, la ponderación de la tarifa en los sectores más desprotegidos, y el escalonamiento y segmentación progresivo del aumento para mitigar el impacto en los usuarios y para que estos últimos puedan previsionar, con debida información y tiempo adecuado, el efectivo cumplimiento de pago de la tarifa[77].

En consecuencia, resultaría inadmisible que se estipule, como penalidad, suspender el suministro de agua a una familia cuando no tiene recursos para hacer frente al servicio ni obtener esa sustancia de fuente alternativa[78], en tanto no se compadece con las medidas apropiadas para el suministro de agua potable salubre a los niños con la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24, 2, inc. c)[79]. El punto relevante a definir, sería si el corte de servicio de provisión de agua y saneamiento por falta de pago afecta derechos constitucionales. En tal sentido se han pronunciado algunos tribunales, resolviendo que "*la falta de pago no puede condicionar la continuidad de la prestación de un servicio de carácter esencial que resulta irremplazable y fundamental para la subsistencia de cualquier ser vivo, y su provisión está íntimamente relacionada con la dignidad, máxime cuando el amparista es una persona de escasos recursos y con afecciones en su salud…*"[80].

---

[77] Cfr. "Negrelli Oscar Rodolfo y otro c. Poder Ejecutivo y otros/amparo", cit. anteriormente, donde frente a la sentencia que declaró la nulidad del Decreto 245/12 de la Prov. de Buenos Aires y ordenó a la empresa proveedora del servicio de agua emitir su facturación de conformidad con el régimen tarifario anterior, la Cámara –sin tomar nota de la clara regresividad de la normativa aplicable-, la revocó y rechazó la acción, aunque exhortó a la Administración a articular mecanismos de gestión transparentes respecto de los aumentos de tarifas, con fundamento que en dicha Provincia no se requiere como requisito de validez la realización previa de una audiencia pública, pues al sancionar el nuevo marco regulatorio (Decreto provincial 878/03) el legislador omitió contemplarlo tal como sí lo estaba en el régimen anterior.

[78] Cfr. "DE.U.CO. Defensa de usuarios y Consumidores c/Org. Regulador de AB y Aguas del Gran Bs. As. s/Amparo", 07.03. 2007 y "Vivacqua, J. c. Coop. Ltda. de Consumo de Elect. y Serv. de Olavarría", Cám. de Ap. Civil y Com. de Azul, sala II, 26/03/2002.

[79] Cfr. "Usuarios y Consumidores en Defensa de sus Derechos A.C. c. AGBA S.A.", Juzgado de Paz de Moreno, 21/08/2002.

[80] "Ramos, Elsa M. c/ Sociedad Aguas del Tucumán", Cám. de Apelac. Contenc. Administrativo de Tucumán, Sala I, 25/02/2010.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 70

También se ha considerado inadmisible e inconstitucional el corte de agua potable como respuesta a la falta de pago, en razón que es inoficioso abocarse a considerar el planteo respecto a que la normativa actual otorga esta atribución a la prestadora, sin prever una segunda instancia de revisión administrativa y/o judicial previa[81]. Con ese alcance, el corte por falta de pago ha sido considerado abusivo (art. 1071 del Cód. Civil), si no se ha probado la imposibilidad de obtener el pago por vía de apremio[82], no siendo viable utilizar el corte del servicio de agua como una medida coercitiva para lograr su cobro, sin ningún tipo de defensa por parte del usuario[83].

Tampoco es ajeno a esta problemática, definir si el pago por el servicio de agua potable es un precio o una tasa, según que el servicio sea prestado por el Estado o empresas concesionarias. La distinción entre precio o tasa, cobra relevancia cuando se plantea la legitimidad de la pretensión de cobrar por un servicio que no se presta, o no resulta adecuado a la calidad o cantidad o presión prevista reglamentariamente[84]. En principio, toda tasa se genera con la sola disponibilidad por el usuario del servicio respectivo, es decir con prescindencia de su efectiva utilización particular, la que sólo habrá de incidir en el monto a abonar, según cuales sean las modalidades de medición y tarifación adoptadas, pero éste no puede rehusar su pago, aun cuando no haga uso de aquél, o no tenga interés en él, ya que el servicio mira el interés general[85].

Se parte del reconocimiento de tres derechos -en distintos grados- de las empresas prestadoras, tales como su derecho a contar con ingresos suficientes para cubrir sus costos operativos; a contar con ingresos para mejorar y extender el servicio de acuerdo al pliego de condiciones y compromisos contraídos con el Estado. y su derecho a obtener una renta razonable para el capital aportado por sus accionistas e inversores. Admitidos esos derechos, corresponde armonizarlos con el derecho de

[81] "Usuarios y Consumidores en Defensa de sus Derechos Asoc. Civil c. AGBA S.A.", Juzgado de Paz de Moreno, 21/08/2002.
[82] "Conet c. Cooperativa de Luz y Fuerza de Villa de Soto", Trib. Sup. de Justicia de la Prov. de Córdoba, Sala civ. y com., 05/03/1991.
[83] "Quintana de Monzón, R. y otro v. Aguas de Corrientes SA", Cám. de Apelac. Civil y Com. de Corrientes, Nº 4, 11.06.2010.
[84] "Sosa, José E. v. Ente Regulador de Servicios Públicos", Cámara Contenc. Administrativa de Córdoba, sala 1ª, 11/04/2005.
[85] Vid. "Ente Intermunicipal Aguas de Traslasierras c/ Besso, Jorge", Cámara Civil, Com., de Trab. y Flia de Villa Dolores, 13/05/2010.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 71

los habitantes a contar con agua potable, aun de quienes carecieren de recursos para pagar ese suministro. En ese contexto, si bien son atendibles algunas predicciones respecto a que la supresión de la atribución del corte del servicio ante la falta de pago puede provocar una actitud laxa e incumplidora de una parte de los usuarios que cuentan con recursos para afrontar el costo del suministro, esta consecuencia no buscada pero probable, debe ser computada como perjuicio menor, por cuanto la solución no residiría en potenciar su capacidad coercitiva habilitando los cortes de servicios ante la falta de pago, sino mediante una nueva reglamentación que habilite una vía judicial más ágil para que la prestadora recupere sus créditos.

Con ese alcance, el corte por falta de pago ha sido considerado abusivo, si no se ha probado la imposibilidad de obtener el pago por vía de apremio[86]. Es que dichos cargos en concepto de tarifa o precio del agua deberán tramitarse por la vía contenciosa que la empresa prestadora considere conveniente y/o además, la denuncia penal que pueda impetrarse, pero lo que no es viable es utilizar el corte del servicio como una medida coercitiva para lograr el cobro del servicio, sin ningún tipo de defensa por parte de la actora[87] o bien, frente a aumentos de tarifas cuya legitimidad y legalidad se encuentra cuestionada judicialmente[88].

Tampoco es ajeno a esta problemática, definir si el pago por el servicio de agua potable es un precio o una tasa, según que el servicio sea prestado por el Estado y las empresas privatizadas, aun cuando en ambos casos sus características deben ser la proporcionalidad, la irretroactividad y la legalidad en la prestación. La distinción entre precio o tasa, cobra relevancia cuando se plantea la legitimidad de la pretensión de cobrar por un servicio que no se presta, o no reúne la calidad, cantidad o presión prevista reglamentariamente[89].

La naturaleza jurídica del crédito emergente del servicio público de agua potable, exige acordar eficacia al mecanismo legal previsto para su

[86] "Conet c. Cooperativa de Luz y Fuerza de Villa de Soto", citado anteriormente.
[87] "Quintana de Monzón, R. v. Aguas de Corrientes SA", Cám. de Apelac. en lo Civil y Com. de Corrientes, Nº 4, 11.06.2010.
[88] "Defensor del Pueblo de Santiago del Estero c. Aguas de Santiago S. A.", Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, sala criminal, laboral y minas, 10/03/1999.
[89] "Sosa, José E. v. Ente Regulador de Servicios Públicos", Cámara Contenc. Administrativa de Córdoba, sala 1ª, 11/04/2005.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 72

cobro, atendiendo al juego de intereses supraindividuales o colectivos representados en la necesidad de toda la comunidad de preservar un servicio público esencial. En principio, toda tasa se genera con la sola disponibilidad por el usuario del servicio respectivo, es decir con prescindencia de su efectiva utilización particular, la que sólo habrá de incidir en el monto a abonar, según cuales sean las modalidades de medición y tarifación adoptadas. La particular identidad tributaria de la tasa, determina que desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, éste no puede rehusar su pago, aun cuando no haga uso de aquél, o no tenga interés en él, ya que el servicio mira el interés general[90].

II. 7. Derecho al agua y saneamiento, acceso a la justicia y derechos colectivos relativos a intereses individuales homogéneos

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

[90] Vid. doctrina del fallo "Ente Intermunicipal Aguas de Traslasierras EINAT c/ Besso, Jorge", Cámara Civil, Comercial, de Trabajo y Familia de Villa Dolores, 13/05/2010. Según el régimen tarifario "*Todos los inmuebles ocupados o desocupados, ubicados con frente a cañerías distribuidoras de agua, estarán sujetas al pago de las cuotas por servicios de acuerdo con el presente régimen tarifario. Las cuotas deberán abonarse aun cuando los inmuebles carecieran de las instalaciones domiciliarias respectivas o si, teniéndolas, éstas no se encontraran enlazadas a las redes externas*". Por su parte, el marco regulador del servicio, aprobado por decreto 529/94, en su art. 9º expresa: "*Obligatoriedad del pago y de la conexión del servicio: Cuando los servicios de agua potable y desagües cloacales estén disponibles y ello haya sido notificado a los propietarios, poseedores y tenedores de inmuebles ubicados dentro del área de jurisdicción de la entidad prestadora, éstos estarán obligados al pago de los servicios en las condiciones que se establecen en este marco regulador. Estarán a su vez obligados a efectuar la correspondiente conexión a las redes cuando en los inmuebles se utilice agua para consumo humano, comercial, de servicios o industrial o se generen aguas servidas de cualquier tipo, debiendo realizar a su cargo las instalaciones internas de agua potable y desagüe cloacal*".

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 73

de regulación y control eficaz de los servicios de suministro de agua y saneamiento.

Como consecuencia inevitable, surge la necesidad del establecimiento de vías procesales específicas para su defensa, por cuanto se plantea en este ámbito la noción del conflicto colectivo como algo suficientemente distinto del conflicto tradicional individual representado en la relación prestador-usuario.

El ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos[91], cuando por ejemplo, se produce un corte del servicio de agua potable, o la presión o calidad del agua no se corresponde con parámetros técnicos o sanitarios, representa uno de los campos más frecuentes de configuración de conflictos sociales en materia de agua y saneamiento, por cuanto si bien en principio se afectaría a usuarios individuales, el mismo hecho reconoce una causa fáctica homogénea común a muchos usuarios, existiendo un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados, cuyo ejercicio individual representa variados problemas de acceso a la justicia.

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

La tendencia negativa al reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, reconoce origen en situaciones donde la pretensión procesal se centraba a partir de hechos que causan daños estrictamente patrimoniales e individuales a una inmensa cantidad de personas, considerándose que estos casos

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

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 74

eran diferentes a los contemplados en el art. 43 de la Constitución Nacional (CN). En tales condiciones, se sostuvo que no resulta admisible, en el caso la representación de la Defensora del Pueblo local por los damnificados (usuarios y terceros), por cuanto el defensor del pueblo no está habilitado a ejercitar remedios u acciones dejados de utilizar por la persona cuyo derecho habría sido vulnerado, sino en los casos de derechos subjetivos públicos o intereses generales de los miembros de la comunidad[92].

Dichos fundamentos desconocían que, cuando la acción entablada es por los usuarios de un servicio público, en la que la legitimación viene dada expresamente por el art. 43 de la CN, encontrándose comprometido el interés de un determinado grupo (usuarios del servicio de que se trate), también queda comprometido el propio interés de la comunidad, por lo que no aparece como razonable dejar librado exclusivamente a la iniciativa individual la gestión de ese interés, pues el daño que se ocasiona a las personas individualmente consideradas puede no ser significativo o resultar insuficiente como para afrontar los riesgos y erogaciones de una acción singular. Con ese alcance restrictivo, se ordenó como medida innovativa, el restablecimiento del servicio de provisión de agua potable en los inmuebles de los actores, pero dicha medida no tuvo efectos erga omnes por cuanto "*los usuarios particulares del servicio de agua potable carecen de legitimación activa en forma individual para solicitar como medida cautelar innovativa, que el concesionario de dicho servicio se abstenga de efectuar cortes en el suministro respecto de todos los usuarios pertenecientes a su comuna*"[93].

Con similar fundamento restrictivo, se reconoció que si bien "*la Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata tiene legitimación suficiente para reclamar la salvaguarda de los recursos naturales y del medio ambiente, que son de tipo colectivo*", en relación a la pretensión referida a derechos individuales homogéneos, la accionante (Fundación Pro Tigre) "*carece de legitimación para reclamar la inmediata provisión de agua potable a los vecinos afectados por la contaminación del agua subterránea, porque tal*

[92] "Ombudsman de la Ciudad de Buenos Aires c. Munic. de la Ciudad de Bs As. s. amparo", Cám. Nac. Civil, sala B, 04/05/1995.
[93] "Ranero, Edgardo y otro c. Aguas del Gran Buenos Aires", Cám. de Apelaciones Civ. y Com. de Mercedes, sala I, 18/09/2001.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 75

requerimiento debe ser efectuado por los perjudicados"[94]. Más recientemente un grupo de vecinos, atento que el agua que suministraba la demandada no era potable para consumo humano, de acuerdo a las pautas del Código Alimentario Nacional (CAN) y la ley provincial 13230, promovieron acción de amparo contra la Municipalidad de Alberti, solicitando como medida cautelar innovativa, se provea a todos los actores de agua potable hasta tanto se dicte sentencia. En el caso, la Cámara, consideró que los actores ostentaban interés jurídico suficiente como para considerarlos provisoriamente legitimados para interponer la acción de amparo "toda vez que su calidad de habitantes de la ciudad de Alberti, y su vinculación directa con el objeto procesal que tramita por la acción de amparo (potabilidad de agua), dan por sentado una potencial afectación del círculo vital de derechos de las personas que promueven la jurisdicción, con carácter cualificado en relación al resto de la comunidad"[95], en aplicación del principio precautorio, resolvió mantener la vigencia de la tutela cautelar otorgada en primera instancia, pero sostuvo que "la decisión recurrida extiende sus alcances a la provisión de agua potable para los actores y terceros", lo que desbordaba el confín mismo del objeto principal de la acción.

Similar criterio restrictivo se mantuvo en la conocida causa "Diacrom", donde la actora solicitó que se ordene a las demandadas proveer de agua mineral a los vecinos de la zona y el tribunal denegó la pretensión con fundamento en: a) la falta de capacidad procesal de la ONG actora para reclamar la provisión de "agua mineral a la totalidad de los vecinos en toda la zona denunciada", y b) por no estar demostrada con la prueba producida, la necesidad de que se les suministre agua mineral[96]. Con ar-

[94] "Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata c. Municipalidad de Tigre y otro", Cám. de Apelac. Civ. y Com. de San Isidro, 09.06.1998.

[95] "Solari, Marta y otros", Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, 10.08.2010.

[96] Cfr. "Fundación Ecosur Ecológica Cultural y Educ. desde los pueblos del sur c. Municipalidad de Vicente López y otro", Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de San Martín, 25/07/2008. La denegación del suministro de agua mineral, no guardó relación con el *obiter* donde se sostuvo que "*el juez no puede cerrar los ojos frente a la realidad que le llega dentro de la investigación del expediente, so pretexto de escudarse en los estrictos límites clásicos del principio de congruencia, mal podría limitarme al sentenciar a resolver el reclamo efectuado en favor de las personas que viven en los alrededores de la firma Diacrom SAIC, y desentenderme de la población que reside en los cinco partidos afectados por la contaminación del agua potable distribuida por AySA por las causas antes*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 76

gumentos análogos, se consideró que carecía de razonabilidad la admisión de una medida cautelar innovativa, por la que se ordenó a los demandados entregar agua envasada con las condiciones de potabilidad garantizadas, hasta tanto el servicio se restituya con la normalidad requerida, en virtud de su dificultosa configuración práctica[97].

Bajo esta perspectiva reduccionista del ámbito normativo del art. 43 CN, cada uno de los afectados tiene en este caso un derecho subjetivo, individual y exclusivo, y por lo tanto posee legitimación para reclamar el resarcimiento de los daños que ha sufrido, pero el Defensor del Pueblo no puede invocar la legitimación para interponer las acciones que su titular exclusivo dejó de utilizar[98]. Se desconoce así, que los hechos que afectan con frecuencia a usuarios de servicios públicos, tienen características como para afectar en forma masiva a distintas categorías de usuarios, no justificándose la iniciación de miles de acciones judiciales. Es que aun cuando se trate de derechos individuales patrimoniales, los problemas suscitados a partir de los daños masivos, que se relacionan con la necesidad de facilitar el acceso a la justicia de una gran cantidad de afectados que reclaman la reparación de daños y perjuicios (que individualmente pueden tener escaso monto) y, al mismo tiempo, de evitar la proliferación innecesaria de litigios similares -en los que puedan recaer sentencias contradictorias- afectando una eficaz prestación del servicio de justicia, requieren otorgar una protección mayor de los derechos de los usuarios de los servicios públicos.

Con posterioridad, la legitimación constitucional del Defensor del Pueblo para iniciar acciones judiciales fue analizada en relación a la limitación introducida por el legislador en el art. 21 de la ley 24284 al consignar que: "*Si iniciada la actuación se interpusiere por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención*", *determinándose que "debe entenderse referida exclusivamente a la representación del afectado directo sin que ello constituya óbice para su intervención en los supuestos que constituyen problemas generales susceptibles de afectar intereses difusos o colectivos (…). (L)a pre-*

analizadas".

[97] "Asociación Ambientalista del Sur c. Azurix S. A. y otros", Cámara 1ª de Apel. Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 03/05/2000.

[98] Doctrina de CNCiv., sala B, *in re*: "Ombudsman de la Ciudad de Buenos Aires c. Municipalidad de Buenos Aires", JA, 1995-IV-33.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 77

tendida exclusión de la actuación del Defensor del Pueblo como consecuencia de la intervención del particular afectado, o de una asociación, desnaturaliza el texto constitucional en la materia"[99].

La admisión de acciones para la defensa de derechos de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos, ha tenido progresiva recepción aún con anterioridad a la causa "Halabi". Por ejemplo, la admisión de la acción por la cual el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires solicita se determine la responsabilidad de la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica, por los daños sufridos en forma individual por cada uno de los afectados por fallas en el suministro, para su posterior individualización mediante citación pública[100], fue una decisión judicial que facilitó el acceso de los usuarios a la justicia y garantizó el derecho de igualdad ante la ley, pues se trata de personas que generalmente ven dificultado su acceso a los tribunales debido a la posición débil que ocupan en relación con la empresa prestadora. Según este precedente judicial, la intención del constituyente plasmada en el art. 43 de la CN fue crear una categoría especial de legitimados para promover acción de amparo en circunstancias en las cuales "*el dato caracterizante reside en la proyección del agravio -protección de los derechos difusos o colectivos- y no necesariamente en la concurrencia o gran número de perjudicados*", doctrina judicial que no puede cuestionarse con fundamento en la legitimación individual que tiene cada uno de los usuarios para reclamar su derecho, cuando se observa que la acción intentada resulta, en este caso, la más idónea para la efectiva protección de una gran cantidad de usuarios afectados por la interrupción de un servicio público.

---

[99] "Iglesias, José J. s/sucesión v. Aguas Argentinas S.A. s/incidente de apelación", C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 19/12/2006. Cfr. asimismo Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional -P.E.N.- M.E. - decreto 1738/1992 y otros/proceso de conocimiento" del 24/5/2005, Fallos 328:1652, del voto del Dr. Maqueda). Dicho criterio, fue mantenido recientemente en "Negrelli, Oscar R. y otro v. Poder Ejecutivo y otro", Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso administrativo Nº 1 de La Plata, 11/07/2012: "*El Defensor del Pueblo de la Provincia se encuentra suficientemente legitimado para ejercer judicialmente la representación colectiva en defensa de los derechos del universo de usuarios del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales afectados*".

[100] "Defensoría del Pueblo de la CABA c. Edesur", Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 16/03/2000.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 78

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

En esta línea, la idoneidad del amparo colectivo, para la defensa de usuarios de agua, se ha reconocido que aunque ciertamente existen otras vías que permiten canalizar reclamos de usuarios de servicios públicos, resultaba válido "*hacer lugar al amparo ordenando que hasta tanto sea prestado el servicio de cloacas en forma perfecta no se les cobre la tarifa correspondiente a tal rubro, debiendo tan sólo cobrárseles a los amparistas lo correspondiente a la provisión de agua potable, y abstenerse la demandada de cortar y/o reducir la provisión de agua corriente a los actores por falta de pago del servicio de cloacas hasta tanto se solucionen los problemas referidos*"[101]. Por su parte, la defensa del derecho al agua y saneamiento y la calidad del servicio resulta justificada "*si se toma en consideración que la materia no puede ser reducida a un mero conflicto contractual entre los titulares del servicio y la empresa prestadora atento que el déficit señalado en la demanda atañe a un número considerable de vecinos de distintos barrios de la ciudad de Rosario*", lo que obliga a contemplar la posible existencia de "afectados no contratantes" que refieren a intereses trascienden los meros derechos subjetivos o intereses legítimos que se canalizan a través de los recursos administrativos ordinarios[102].

Más recientemente, la Corte Suprema de Justicia estableció el carácter erga omnes de una sentencia dictada en una causa en donde se ventiló la plena vigencia de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos de usuarios del servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales[103], resolviendo que "*corresponde dejar sin efecto la sentencia que no asignó efectos erga omnes al fallo de la Corte Suprema que declaró la invalidez del sistema de facturación de consumos globales del servicio de aguas, con cargo a los consorcios de propietarios, al considerar que la falta de tratamiento de la legitimación del Defensor del Pueblo, aceptado como parte actora junto con la usuaria afectada, impor-*

[101] "Zalazar Hilda I. y otros c/ Aguas Provinciales de Santa Fe s/ queja", Corte Suprema de Justicia de la Prov. de Santa Fe, 07.09.2005.

[102] "Vecinos Distrito Oeste Rosario y otro v. Prov. de Santa Fe", Cámara Civil y Comercial de Rosario, sala 1ª, 30/11/2005.

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

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 79

taba que el pronunciamiento sólo producía efectos para los inmuebles supuestamente "individualizados", pues el reconocimiento implícito de su carácter de legitimado activo supone la existencia de una especial vinculación con la cuestión debatida y que el éxito de su pretensión reportará alguna utilidad o beneficio a quienes representa o evitará un perjuicio o un menoscabo en sus derechos".

En consecuencia, el Máximo Tribunal reiteró en lo que hace a nuestro interés, que "*cabe asignar efecto erga omnes a la sentencia de la Corte Suprema, en cuanto confirmó la nulidad de las resoluciones del ETOSS relativas a la facturación de consumos globales del servicio de aguas, con cargo a los consorcios de propietarios, aunque sin pronunciarse en forma expresa acerca de la intervención en autos del Defensor del Pueblo, pues, corresponde interpretar que su participación resultaba conducente -al margen de los derechos de la usuaria afectada-, ya que sus planteos se vinculaban a la protección de derechos de incidencia colectiva, los cuales adquieren una particular dimensión social por tratarse de la defensa de usuarios de un servicio esencial, función constitucional que fue invocada por dicho órgano desde el inicio de las actuaciones*".

Asimismo ratificó que "*tratándose de la participación del Defensor del Pueblo en una acción de amparo en la que un usuario de un servicio público alega una afectación de sus derechos en forma directa, no corresponde interpretar que esa intervención se limita a acompañar al afectado, pues, ello privaría de contenido a la actuación procesal de quien, pese a encontrarse habilitado a procurar una adecuada tutela judicial a tenor de lo dispuesto por los arts. 43 y 86 de la CN, sólo obtendría sentencias sin mayor eficacia que meras declaraciones de carácter teórico en caso de que sus pretensiones fueran admitidas, con total desconocimiento de las funciones encomendadas por la Ley Fundamental*".

En esos casos no hay un bien colectivo, como ocurre con el ambiente, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 80

realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Existen variados precedentes jurisprudenciales donde, si bien con objeto diferenciado al derecho a acceso al agua y saneamiento, se han ido delinenado perfiles de la legitimación activa para la defensa de derecho individuales homogéneos. En el año 2000 se dictó una sentencia trascendente en cuanto califica adecuadamente el supuesto de intereses individuales homogéneos, diferenciándolos de los derechos colectivos relativos a la defensa de bienes colectivos (acción de amparo ambiental), interpretando que la legitimación sustancial de la Defensoría para accionar por la repetición de daños a derechos subjetivos individuales homogéneos[104], no era contradictoria con la prevista en la Constitución Nacional, sino ampliatoria.

Por su parte, en junio del año 2000, la CSJN dictó sentencia en los autos "Asociación Benghalensis y otros"[105], declarando que en materia de salud al Estado no le cabe solamente un deber de abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino la obligación de efectuar prestaciones positivas, reconociendo los derechos individuales homogéneos de un sector de la población (los infectados por HIV) respecto de un derecho colectivo como la salud. También, en la causa Mignone[106], se abordó una sumatoria de derechos individuales de naturaleza subjetiva no patrimoniales, sometidos a una misma situación fáctica y normativa[107] y en otro antecedente se reconoció la existencia conceptual de derechos de incidencia colectiva relativos a intereses individuales homogéneos no patrimoniales, a partir de una restricción de un derecho fundamental subjetivo ampliado a una comunidad de personas ("Verbitsky[108]"), que siguiendo los lineamientos planteados en el caso "Mignone", revitalizó el *habeas corpus* colectivo que responde al modelo de un derecho colectivo conformado por subjetividades idénticas.

[104] Cfr. C.N.Fed. C.C., sala I en autos: "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Bs As c/Edesur", en LL 2000 C-399.

[105] Fallos. 323:1339 Publicado en LL 2001 B-126.

[106] CSJN 325:524, publicado en LL 2002-C, 377.

[107] En el caso, los votos de los ministros Fayt y Petracchi -si bien no hicieron diferencia alguna acerca de la tipología individual homogénea- sostuvieron que frente a una restricción inadmisible de un derecho fundamental, se justificaba una tutela judicial colectiva, aunque se trataba de situaciones de naturaleza individual, pero que alcanzaba a un determinado colectivo.

[108] Publicado en LL, 2005-C, 276.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 81

Más recientemente, la CSJN en la causa: "Mendoza Beatriz y Otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios[109]", diferenció entre derechos colectivos y procesos disponibles e indisponibles. Para ello, definió claramente los derechos colectivos a partir de las pretensiones esgrimidas por los actores que perseguían la reparación del daño ambiental como bien colectivo y la segunda pretensión, por daño ambiental indirecto o *par ricochet*, por los daños y perjuicios sufridos por el vertido de residuos tóxicos y peligrosos en la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo.

Bajo la denominación de "intereses individuales homogéneos", se estableció como requisitos para la conformacion de bienes colectivos generados a partir de situaciones individuales, la existencia de "*un sólo hecho ilícito que cause lesiones diferenciadas a los sujetos peticionantes*", a ello le agregó como exigencia procesal: a) que la demanda contenga una descripción precisa que permita relacionar el nexo causal existente entre el daño sufrido por los actores y cada uno de los sujetos pasivos, y b) que exista una adecuada descripción de los grados de entidad de las lesiones sufridas en los patrimonios y en las personas por partir de cada uno de los sujetos activos. El Alto Tribunal incorporó así -como elemento estructural- el criterio colectivo subjetivo, perfilándolo como la sumatoria de derechos subjetivos signados por un condicionamiento fáctico y normativo común u homogéneo.

III. Progresividad en los derechos de participación pública: audiencias públicas en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental

Los Estados deben prever y facilitar la participación pública en el proceso de adopción de decisiones relacionadas con el medio ambiente y tener en cuenta las opiniones de la sociedad en ese proceso. Esa adopción de decisiones abarca la formulación de políticas, leyes, reglamentos, proyectos y actividades. El hecho de velar por que esas decisiones ambientales tengan en cuenta las opiniones de las personas afectadas por ellas aumenta el apoyo social, promueve la sustentabilidad de proyectos y contribuye a proteger el disfrute de los derechos que dependen de un medio ambiente sano.

[109] CSJN 329:4741.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 82

Para que sea efectiva, la participación pública debe estar abierta a todos los miembros de la sociedad que puedan verse afectados y debe tener lugar al comienzo del proceso de adopción de decisiones. Los Estados deben prever la evaluación previa de los impactos de las propuestas que puedan afectar considerablemente al medio ambiente y garantizar que toda la información pública pertinente sobre la propuesta y el proceso de adopción de decisiones de que se trate pueda ser consultada por la población afectada de manera objetiva, comprensible, oportuna y efectiva.

Esos requisitos han sido reforzados a nivel interamericano por el reciente Acuerdo de Escazú, en cuyo Artículo 7°, regula la "Participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales"[110]. Dicho Acuerdo, establece que "*Cada Parte deberá asegurar el derecho de participación del público y, para ello, se compromete a implementar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales, sobre la base de los marcos normativos interno e internacional*". Asimismo, "*Cada Parte garantizará mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a proyectos y actividades, así como en otros procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud*".

En especial, la difusión de las decisiones que resultan de las evaluaciones de impacto ambiental y de otros procesos de toma de decisiones ambientales que involucran la participación pública deberá realizarse a través de medios apropiados, que podrán incluir los medios escritos, electrónicos u orales, así como los métodos tradicionales, de forma efectiva y rápida. La información difundida deberá incluir el procedimiento previsto que permita al público ejercer las acciones administrativas y judiciales pertinentes.

Entre los procedimientos administrativos preventivos ambientales, sin lugar a dudas resalta el carácter paradigmático del proceso de evaluación de impacto ambiental (EIA).

[110] Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, 2018.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 83

El procedimiento de EIA es básicamente una herramienta preventiva y participativa para la toma de decisiones, su omisión conlleva la afectación de la garantía constitucional de derecho de acceso a la información ambiental con carácter previa, oportuna e integral, como condición -a su vez- para el ejercicio de los derechos de participación ciudadana, cuyo cumplimiento es un elemento constitutivo de la razonabilidad y legitimada del proceso y decisión administrativa.

El reciente fallo "Mamani" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, actualiza y completa la doctrina judicial acerca del debido proceso en la acción de amparo ambiental, y su procedencia ante la existencia de irregularidades en torno al procedimiento de EIA, como es la omisión de participación pública con anterioridad al otorgamiento de las autorizaciones[111] (licencia ambiental).

Conforme el Art. 41 de la Constitución Nacional, los arts. 19 a 21 de la Ley General del Ambiente (LGA) garantizan la participación ciudadana en los procedimientos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, previendo instancias obligatorias de consultas o audiencias públicas, y remarcando expresamente que tal participación ciudadana "deberá asegurarse" principalmente, en los procedimientos de EIA, lo que no resulta abastecido con la mera publicación en el Boletín Oficial, de las resoluciones cuestionadas. Asimismo, la ley 26331 de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos, señala en forma específica que para los proyectos de desmonte cada jurisdicción deberá garantizarse el cumplimiento estricto de las disposiciones de la LGA antes referidas (artículo 26).

III. 1. El debido proceso ambiental y las audiencias públicas previas

El Máximo Tribunal revocó la sentencia recurrida y declaró la nulidad de los actos administrativos mediante las cuales la Provincia de Jujuy otorgó autorizaciones de desmonte. Las resoluciones exhibían una clara contradicción frente a los antecedentes de hecho y derecho que precedieron su dictado, entre ellas, que la autorización de desmonte comprendía una superficie mayor a la detallada en el estudio de EIA, y especialmente, la omisión de celebración de audiencias públicas antes del dictado de las mismas.

[111] Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial – DP de PA y RN y la Empresa CRAM S.A. s/recurso, M. 318. L. RHE 05/09/2017.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 84

Con ello, la Corte no sólo consideró como vicios del procedimiento de EIA que las resoluciones impugnadas carecieran de motivación ante el apartamiento de las observaciones e inspecciones producidas en el curso del procedimiento, sino que consideró dirimente la ausencia de celebración de consultas o audiencias públicas previas, y con ello el derecho a opinar de los grupos sociales potencialmente afectados.

Se ratifica así, que las audiencias públicas previas constituyen un requisito e instancia obligatoria, consustancial a la legalidad y razonabilidad del acto administrativo aprobatorio del EIA, atento a la creciente litigiosidad por autorizaciones de desmonte, que se hicieron en contradicción al art. 26 de la ley 26331[112] en la misma Provincia.

De todo ello, podemos derivar algunos perfiles que caracterizan a las audiencias públicas en el marco del proceso de EIA:

a) Los estudios de EIA y su aprobación deben ser previos a la ejecución de la obra o actividad. La potestad de la administración para aprobar o rechazarlos, se limita a conferirle facultades regladas que no incluyen la autorización para una aprobación condicionada (Fallos: 339:201); o tal como lo justifica el fallo del superior tribunal jujeño "con sugerencias o recomendaciones", porque ninguno de estos supuestos se ajusta al marco normativo aplicable (ley 26331, artículos 18, 22 y ss; ley 25675, artículos 11 y 12).

b) Las audiencias públicas deben garantizar que "toda persona", pueda verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones. Se trata de un mecanismo participativo "abierto" (desde el punto de vista de los partícipes), "amplio" (desde el punto de vista temático) y "deliberativo" (desde el punto de vista actitudinal), requisitos que no se congregan en cualquiera otra modalidad participativa (Fallos: 339:1223).

c) Las audiencias públicas son un mecanismo que integra el proceso de preparación de la voluntad estatal previo a la declaración de impacto ambiental o licencia ambiental, constituyendo un recaudo esencial para el debido procedimiento, previo a la emisión del acto administrativo (Fallos: 331:2119).

[112] Cfr. "Rodríguez Carlos A. y otros c/ Estado Provincial, Amparo Ambiental", Trib. en lo Cont. Administrativo de Jujuy, 30.12.2011 y "Amparo: Gerónimo S. - Comunidad Aborigen Piedra Negra c/ EJESA", Cám. C. y Com. Sala I de Jujuy, 19.08.2011, entre otros.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 85

d) Desde el punto de vista democrático la audiencia expresa la concreción práctica de la deliberación pública, exigencia imprescindible para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en materia ambiental.

e) Se trata de un recaudo que, aunque procesal en su origen, es sustantivo por su consecuencia, en tanto formador de ciudadanía. La participación deliberativa es lo que diferencia al ciudadano del mero administrado y es también lo que impregna de legitimidad a la decisión de la autoridad de aplicación. La práctica de las audiencias contribuye a fortalecer "el valor epistemológico de la democracia" (Fallos: 339:1223).

IV. Acceso irrestricto a la justicia ambiental y tutela judicial efectiva para los derechos de incidencia colectiva

Las obligaciones de los Estados de proporcionar acceso judicial y otros procedimientos para interponer recursos efectivos por las violaciones de los derechos humanos, incluyen los recursos por las violaciones de los derechos humanos relativas al medio ambiente[113]. Por consiguiente, los Estados deben prever recursos efectivos por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en estos principios marco, incluidas las relativas a los derechos a la libertad de expresión, de asociación, de acceso a la información sobre el medio ambiente y a la participación pública en la adopción de decisiones.

En octubre de 2017, el Relator Especial en Derechos Ambientales de la ONU, publicó un proyecto de directrices sobre los derechos humanos y el medio ambiente[114], entre los que resaltan: "*Los Estados deben facilitar el acceso a recursos efectivos por las violaciones de los derechos humanos y las leyes nacionales referentes al medio ambiente", y "para establecer recursos efectivos, los Estados deben velar por que los particulares tengan acceso a procedimientos judiciales y administrativos que se ajusten a requisitos básicos, entre ellos que los procedimientos: a) sean imparciales, independientes, asequibles, transparentes y justos; b) sirvan para examinar*

[113] En este caso, el concepto de acceso a la Justicia implica que la Justicia debe ser entendida, en el plano procesal donde se manifiesta, en cuanto mecanismo hetero-compositivo de resolución de conflictos.

[114] Cfr. A/HRC/37/59, Consejo de Derechos Humanos, 37º período de sesiones. 26 de febrero a 23 de marzo de 2018.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 86

reclamaciones de manera oportuna; c) dispongan de la competencia técnica y los recursos necesarios (…)".

En especial, dichas directrices y principios[115], establecen que "*(p)ara facilitar el acceso a la justicia del público en asuntos ambientales, cada Parte establecerá: a) medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia...*". A esos lineamientos de acceso a la justicia, debe agregarse una dimensión estructural referida a las condiciones sociales, para que el proceso reconozca y resuelva factores de desigualdad real, de lo contrario, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia ambiental y se benefician de un debido proceso legal.

IV. 1. Concentración territorial de competencias jurisdiccionales en razón de la persona pública demandada: incidencia en las acciones de amparo ambiental colectivo

Con una técnica legislativa discutible, la Legislatura Unicameral cordobesa mediante las leyes Nº 10249 y 10323 (2015), formuló modificaciones a leyes tributarias, de catastro y tránsito, incluyendo la Ley de Amparo Nº 4915, que atribuía la competencia para conocer de las acciones de amparo, a los jueces de Primera Instancia cualquiera sea la calidad de la demandada.

Ese sistema de competencia desconcentrado y amplio, basado en el principio de inmediatez, fue alterado por las citadas leyes, que incorpo-

[115] *Artículo 8. Acceso a la justicia en asuntos ambientales. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: a) órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental; b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos; c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional; d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente; e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba; f) mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 87

raron el artículo 4º bis, estableciendo que la competencia para conocer de la acción de amparo en contra de los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial de la Provincia de Córdoba, las municipalidades y comunas, sus entidades autárquicas o descentralizadas, empresas del Estado, Sociedades del Estado y Sociedades de Economía Mixta, recaerá en la Cámara en lo Contencioso Administrativo que esté de turno y, en las Circunscripciones del interior de la Provincia, las Cámaras Civiles y Comerciales de turno competentes en lo contencioso administrativo.

Igual fuero especial, será competente cuando "un mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas" o "si la acción de amparo se interpone en contra de más de una persona, y alguna de ellas fueran las mencionadas en el primer párrafo", creando así una suerte de fuero de atracción en razón de las personas demandadas[116].

Este nuevo marco normativo, obliga a un breve ejercicio hermenéutico en relación a su incidencia en la tramitación de acciones de amparo ambiental, por cuanto esas nuevas reglas en materia de competencia comprometerían el acceso irrestricto a la justicia ambiental y la tutela judicial efectiva para los derechos de incidencia colectiva, restringiendo el ejercicio de garantías constitucionales (arts. 41 y 43 CN).

IV. 2. La materia ambiental posee una competencia específica, que prevalece sobre cualquier otra norma provincial sustantiva o procesal que la contradiga

Si la primera regla que surge de los ordenamientos procesales en materia de competencia, es que ella se determina por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda, toda acción de amparo fundada en el particular ámbito de las prescripciones de la Ley General del Ambiente 25675 (LGA) y especialmente en los principios de prevención y precaución, posee una especificidad que le otorga singulares caracteres[117], delineando la morfología del proceso ambiental, desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente[118].

[116] Transitoriamente, las acciones promovidas en días y horas judiciales inhábiles, los jueces que estuvieran de turno "por los otros amparos", podrán "arbitrar las medidas urgentes", para luego remitir la causa a la Cámara que corresponda (TSJ, Acuerdo Reglamentario 1257, serie "A".

[117] (Fallos: 331:1622).

[118] (Fallos 333:748).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 88

Con ello, es posible identificar aspectos de contradicción de esas nuevas reglas competenciales provinciales con la LGA, ya que conforme el art. 32 "*la competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia*", y especialmente, "*el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie*".

Siendo que queda desplazada la competencia difusa de los jueces de primera instancia de turno en toda la Provincia, haciendo de este modo excepción al principio de doble instancia ordinaria que ha regido en la materia, también se evidencia contradicción con la ley de política ambiental provincial (10208), cuyas normas en relación a la acción de amparo ambiental (art. 72) establecen la competencia del "*juez inmediato sin distinción de fuero o instancia, quien debe recibir el recurso interpuesto por cualquier forma y medio de comunicación y a cualquier hora*".

IV. 3. Afectación del principio de acceso efectivo a la justicia ambiental

El desplazamiento de la competencia a favor de dos Cámaras en lo Contencioso Administrativo en la Capital, y de diez Cámaras Civiles y Comerciales competentes en lo contencioso administrativo en las circunscripciones del interior, de una Provincia con una superficie de 165.321 Km2, implica un innecesario e injusto dispendio de gastos y tiempo, además de un quebranto de la garantía de efectivo acceso a la justicia, lesionándose la garantía constitucional de igualdad de trato para los litigantes y un privilegio irrazonable a favor del Estado.

Este irritante privilegio por la sola circunstancia de la calidad jurídica que ostenta una de las partes demandadas, coloca en una notoria desigualdad ante la ley a los amparistas, obligándolos a litigar fuera del ámbito en el que residen y que es donde se desarrolla el conflicto que motiva la promoción del amparo ambiental, para desplazarse a otra competencia territorial en procura del reconocimiento de sus derechos constitucionales.

El art. 32 de la LGA califica al acceso como irrestricto sin condiciones, sin limitaciones, sin reservas y completo, inclusive temporalmente, y esto implica la eliminación de todos los obstáculos, cargas o exigencias -incluido lo concerniente a la competencia- que pudieren regir para otro

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 89

tipo de procesos, sin que puedan erigirse vallas de ningún tipo o especie que de cualquier manera restrinjan la amplitud del criterio así legislado, siendo intrascendente discutir en cada caso, si tales limitaciones pueden o no ser sorteadas por el litigante.

La concentración territorial de las competencias jurisdiccionales locales en materia de amparos, afecta la proximidad que debe observar el proceso con el lugar donde se denuncian los hechos, situación que se agravaría cuando los amparistas del interior formulen planteos recursivos, en cuyo caso el juicio se desplazará territorialmente, comprometiendo el acceso a la jurisdicción revisora por ante el Tribunal Superior de Justicia (Capital). Todo ello obstaculiza la finalidad de un concreto acceso las instituciones judiciales, y constituye una contradicción y regresión con los criterios mantenidos por ese Máximo Tribunal provincial[119] cuando anteriormente retiró la competencia en amparos a las Cámaras, "por inadecuación en orden a la celeridad y agilidad que deben presidir la tramitación de los procesos de amparo", "toda vez que la instancia recursiva obliga al desplazamiento de la causa fuera del ámbito territorial pertinente, con las consecuentes dificultades y mayores recaudos que ello obliga".

IV. 4. Violación del principio de inmediatez judicial

En los casos ambientales, la inmediatez que debe tener el juez de la causa con el núcleo de la cuestión controvertida justifica la primacía de la LGA por sobre otra norma que limite la competencia a una jurisdicción, pues el proceso ambiental requiere la realización de diligencias técnicas in situ, para lo cual la inmediación se encuentra incardinada al principio de acceso irrestricto a la justicia que la norma intenta proteger.

Esa inmediatez procesal, cercana a la noción de "juez natural", es la que exige el art. 72 de la ley provincial 10208 cuando atribuye competencia para entender en las acciones de amparo ambiental al "juez inmediato" sin distinción de fuero o instancia.

[119] Acordada Nº 592/2001.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 90

IV. 5. La reforma profundiza la desigualdad de armas

Es frecuente la patente desigualdad real que se verifican en los conflictos ambientales, los que -trasladados al terreno procesal- profundizan la desigual situación procesal de las partes basado en un criterio subjetivo, por cuanto la reforma sólo se justificó en la calidad de uno de los sujetos de la relación jurídico procesal ("la Provincia o municipios parte"). Con ello, se contraría el "principio de igualdad de armas procesales", como manifestación del debido proceso legal, que requiere que el proceso se construya en todas sus fases, instancias y trámites de forma equilibrada para las partes.

V. A modo de conclusión: las tensiones entre progresividad y regresividad

De acuerdo al breve y seguramente incompleto análisis anterior, puede inferirse provisionalmente del relevamiento de las tres dimensiones ambientales analizadas que el principio de progresividad en el acceso al agua y saneamiento como derecho humano básico ha evolucionado favorablemente desde la perspectiva de los derechos humanos individuales y colectivos.

En lo que respecta a la puesta en valor de la participación social en los procesos de toma de decisiones ambientales, asegurando que la participación del público sea posible desde etapas iniciales del proceso de toma de decisiones en los procedimientos administrativos de evaluación de impacto ambiental, el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizado, ratifica una vez más la necesidad que las observaciones del público sean debidamente consideradas y contribuyan en dichos procesos.

La Corte no sólo revocó la sentencia que modificó la pretensión al exigir acreditación o inminencia del daño ambiental, cuando en rigor la actora demandó la nulidad de los actos administrativos que autorizaron los desmontes; sino también, frente a un acto en ejecución y conforme la facultad que le confiere el artículo 16, 2º parte de la ley 48, declaró la nulidad de las autorizaciones de desmonte cuestionadas.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 91

Con ello, ratificó que el amparo ambiental ante la inexistencia o vicios del procedimiento de EIA, se constituye en una "acción de puro derecho"[120] y que la ausencia de audiencia pública previa es causal de nulidad del acto administrativo y no de su revocación. Ello resulta trascendente, en la medida en que la revocación tiene efecto a futuro, mientras que la nulidad afecta al acto desde el momento de su dictado.

Sin embargo, la realidad demuestra que aún persisten graves tensiones entre progresividad y regresividad en relación a los procesos de evaluación de impacto ambiental, así como con la formulación de políticas, leyes y reglamentos. Dichos proyectos deberían ponerse a disposición de la opinión pública y la sociedad debería tener la oportunidad de formular observaciones directamente, no sólo a través de sus órganos de representación.

Subyace una creciente inconformidad social en torno a las propuestas de proyectos o actividades específicos, donde la población potencialmente afectada carece de oportunidades de participar en una etapa temprana del proceso de adopción de decisiones y acceder a la información pertinente, incluidos datos centrales sobre el proyecto o actividad propuestos y sus posibles impactos en los derechos humanos y el medio ambiente. Similares dificultades se manifiestan en el proceso de adopción de decisiones que debe seguirse, incluidos el calendario para formular observaciones y preguntas, los horarios y lugares seleccionados por las autoridades para llevar a cabo las audiencias públicas.

Por último, un claro supuesto de regresividad en el derecho de acceso irrestricto a la justicia ambiental, constituye la reforma del régimen de acción de amparo en la Provincia de Córdoba. No es posible propiciar el mantenimiento de una atribución competencial, que se ha configurado legalmente a partir de la consideración exclusiva de la calidad subjetiva de la persona pública que es parte en el proceso, pues ello no traduce una interpretación constitucional conforme a la garantía del debido proceso sustantivo y adjetivo y a la defensa en juicio en igualdad de armas procesales. No entenderlo así, importa reconocer que en toda acción de amparo ambiental subyace como presupuesto una posición privilegiada a favor del Estado, con primacía sobre el ejercicio de garantías constitucionales.

[120] ESAIN, José: "La medida autosatisfactiva ambiental. La suspensión de actividades iniciadas en su ejecución sin procedimiento preventivo ambiental", en LA LEY 2004-C, 275.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 92

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 93

EL AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO. INTERÉS PÚBLICO ESPECIALMENTE DIGNO DE PROTECCIÓN O DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Análisis comparativo del sistema europeo e interamericano de derechos humanos[*]

THE HEALTHY AND BALANCED ENVIRONMENT: PUBLIC INTEREST ESPECIALLY WORTHY OF PROTECTION OR FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT

Comparative analysis of the European and Inter-American system of human rights

Irma Pastor De Peirotti[**]
María Inés Ortiz De Gallardo[***]

[*] *Trabajo recibido el 15 de julio de 2019 y aprobado para su publicación el 4 de agosto del mismo año.*

[**] *Abogada y Especialista en Derecho Público, ambas titulaciones por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad nacional de Córdoba (FDCS-UNC). Docente Investigadora. Profesora Titular por concurso de la cátedra de Derecho Administrativo del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Chilecito-La Rioja. Profesora Adjunta de las cátedras de Der. Administrativo y Derecho Procesal Administrativo de la FD-UNC. Profesora invitada de la Carrera de Postgrado de Especialización en Derecho Público y de Especialización en Derecho Procesal UNC y de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de La Rioja. Vice Directora del Instituto de Derecho Administrativo de la FD-UNC. Miembro Titular del Instituto de Derecho Ambiental y los Recursos Naturales, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*

[***] *Abogada y Especialista en Derecho Público, ambas titulaciones por la FDCS-UNC. Docente Investigadora. Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Córdoba. Tutora de D. Administrativo y Público del Instituto Universitario Aeronáutico, Universidad de la Defensa Nacional. Profesora de Derecho Procesal Administrativo UNC. Profesora invitada en Posgrados en distintos ámbitos académicos. Miembro Titular del Instituto de Derecho Ambiental y los Recursos Naturales, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Vocal de Cámara Contencioso Administrativa de 2da. Nominación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 94

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 95

Resumen: El presente artículo analiza comparativamente el sistema europeo de derechos humanos y el sistema interamericano de derechos humanos, como así también la doctrina elaborada por los órganos de aplicación del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Protocolo de San Salvador-, en particular la Opinión consultiva OC 23-17. Estudia la relación que existe entre la existencia -o no- de una norma expresa que reconozca el derecho humano al ambiente sano y equilibrado, y la efectividad de la tutela judicial efectiva del ambiente. El enfoque antropocentrista y el biocentrista de la tutela del ambiente, confluyen actualmente en distintos instrumentos jurídicos que protegen el medio ambiente, no solamente como un derecho de las personas, sino también por sí mismo, considerando al ambiente como un nuevo sujeto de derechos.

Palabras-clave: Derechos humanos - Derecho a la vida – Vida privada – Derecho al ambiente sano - Antropocentrismo – Biocentrismo.

Abstract: This article analyzes comparatively the European human rights system and the interamerican human rights system, as well as the doctrine elaborated by the organs of application of the European Convention on Human Rights and the Additional Protocol of the American Convention on Human Rights -Protocol of San Salvador-, in particular, the Advisory Opinion AO 23-17. It is studied the relationship between the existence -or not- of an express norm that recognizes the human right to a healthy and balanced environment, and the effectiveness of operative judicial protection of the environment. The anthropocentric and the biocentric approach to the protection of the environment, currently converge in different legal instruments that protect the environment, not only as a right of people, but also by itself, considering the environment as a new subject of rights.

Key words: Human rights - Right to life - Private life - Right to a healthy environment -Anthropocentrism – Biocentrism.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 96

Sumario: I. Introducción. II. Sistema Europeo de Derechos Humanos y el ambiente. III. Sistema Americano de Derechos Humanos y el derecho al ambiente. IV. El valor de la jurisprudencia en la determinación de los principios y obligaciones ambientales y la tutela judicial efectiva del ambiente. IV.1. Jurisprudencia Tribunal Europeo de los Derecho Humanos. IV.1.a. Contaminación industrial: Falta de reacción a la contaminación del aire por una acería, en detrimento de la salud de la población circundante. IV.1.b. Falta de regulación de una central térmica que operaba en las proximidades de residencias familiares. IV.1.c. Contaminación acústica: falta de una respuesta adecuada y efectiva por parte de las autoridades nacionales para poner fin a la molestia de un bar ubicado en una casa familiar. IV.1.d. Consumo domiciliario de agua potable contaminada por líquidos cloacales. IV.2. Jurisprudencia de la CteIDH. IV.2.a. Ecuador: pueblos indígenas en aislamiento voluntario: Tagaeri y Taromenani. IV.2.b. Guatemala: La represa hidroeléctrica de Chixoy: masacre y eliminación de la comunidad de Río Negro. IV.2.c. Perú: Derecho sobre la tierra. IV.2.d. Paraguay: Caso Yakye Axa vs. Paraguay y la falta de demarcación de las tierras indígenas. V. La visión antropocéntrica y autónoma del derecho a un ambiente sano. VI. Antropocentrismo y biocentrismo ambiental: su desarrollo hacia la confluencia de ambas teorías. VII. Reflexiones Finales. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

En el presente trabajo analizamos la recepción normativa y jurisprudencial del derecho humano al ambiente sano y equilibrado, mediante el análisis comparativo del sistema europeo de derecho humanos y el sistema americano.

El propósito de este análisis es identificar qué impacto tiene la existencia de una norma expresa de derecho internacional, que reconozca el derecho al ambiente sano, con relación a la efectividad de la tutela judicial.

El estudio comparativo de las normas convencionales internacionales del sistema europeo y del sistema americano sobre derechos humanos

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 97

es el objeto de nuestro análisis, como así también la jurisprudencia y la doctrina que han producido los órganos de aplicación de los tratados en cada uno de esos sistemas, en especial, la Opinión Consultiva OC 23-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

II. Sistema Europeo de Derechos Humanos y el ambiente

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 1950 (en adelante CEDH), no consagra expresamente el derecho humano al ambiente como un derecho autónomo, pero sí reconoce el derecho de toda persona a la vida (art. 2); el derecho al respeto a la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia (art. 8) y el derecho de propiedad (Protocolo 1, art. 1).

Este Tratado creó tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instancias ante las cuales el derecho al ambiente sano y adecuado ha obtenido tutela judicial indirectamente, por su interdependencia con otros derechos humanos, cuya protección es directamente exigible ante esos órganos de aplicación del Tratado.

Si la preocupación mundial por la protección del medio ambiente se acentúa en la década del 70, se comprende la razón por la cual al momento de formalizarse el CEDH, el derecho al ambiente no era por entonces, una prioridad para ser expresamente incorporada al texto de ese instrumento por los Estados signatarios.

Idéntica situación se configura en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que tampoco se refiere expresamente al medio ambiente, pero -sin embargo- sienta las bases para su reconocimiento en el art. 25 que declara que "*toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...)*"[1].

La primera vez que se realiza un reconocimiento expreso del derecho al medio ambiente es en la Declaración de Naciones Unidas sobre el

[1] En el mismo sentido, art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando consagra el derecho de todas las personas a un adecuado nivel de vida y a una mejora continua de las condiciones de vida y art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce el derecho universal a la vida.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 98

Medio Humano, de Estocolmo de 1972[2], la cual establece, en su Principio I, que "*El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras*". Esta Conferencia fue precedida de la decisión del Consejo de Europa que proclamó a 1970 como el "Año de la Naturaleza".

En el año 1982, la Asamblea General de Naciones Unidas adopta la Carta Mundial de la Naturaleza, que declara que "*la Humanidad es una parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que aseguran el suministro de energía y nutrientes (…)*"[3].

El Convenio sobre el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en cuestiones ambientales, aprobado por la IV Conferencia Ministerial para el Medio Ambiente en Europa, celebrada en Aarhus, Dinamarca, del 23 al 25 de junio de 1998, en el art. 1, reconoce como derecho humano el "*(…) derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienesta*r".

Del mismo modo que el derecho a la vida es inherente a la persona humana[4], y el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida -que es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva-[5], el derecho a un ambiente sano y ade-

[2] «*Preámbulo. 1. El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio ambiente humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma*", de la Declaración de Estocolmo; Acta final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, A/CONF.48/14/Rev. 1, de 16 de junio de 1972.

[3] AGNU. Res. 37/7, de 28 de octubre de 1982.

[4] Observación General Nº 6 del Comité de Derechos Humanos sobre el Derecho a la vida (artículo 6) del 30/04/1982, 16.º Período de sesiones, párrafo 5.

[5] C.S.J.N. Argentina, 01/06/2000, Fallos: 323:1339 "ASOCIACION BENGHALENSIS Y OTROS c/ MINISTERIO DE SALUD Y ACCION SOCIAL -ESTADO

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maqueta 1 8/11/2019 14:23 Página 99

cuado también es inherente al derecho a la vida de la persona y su dignidad.

Así lo afirma Loperena[6] cuando expresa que "*(e)l medio ambiente adecuado no es un fruto del desarrollo social sino un prius para su existencia. Es un derecho vinculado a la propia vida humana: ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius. El medio ambiente adecuado precede lógicamente al propio Derecho: sin medio ambiente adecuado no hay hombre, ni sociedad, ni Derecho*". Reconoce

La falta de una norma expresa que reconociera el derecho humano al ambiente se mantuvo en la Carta Social Europea de 1961, cuyo art. 11 reconoce el derecho de protección de la salud, a partir del cual, el Comité Europeo de Derechos Sociales de aplicación de la Carta, en interpretación extensiva reconoció la relación directa entre el derecho a la salud y el medio ambiente. Los Protocolos posteriores al CEDH tampoco incluyeron una referencia expresa al ambiente.

Esta circunstancia no ha sido obstáculo alguno para que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos brinde tutela judicial efectiva al ambiente -indirectamente- a partir de la protección directa de los derechos humanos a la vida, a la vida privada y familiar, a la integridad personal, a la propiedad, mediante una interpretación dinámica y evolutiva del Tratado.

El art. 8 declara que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esa injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que -en una sociedad democrática- sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Fernández Egea[7] explica que la ausencia de un derecho al medio ambiente no ha sido óbice para que el medio ambiente haya sido objeto de

NACIONAL s/AMPARO LEY 16986" y sus citas Fallos: 302:1284; 310:112.

[6] LOPERENA ROTA, Demetrio, "Los derechos al medio ambiente adecuado y a su protección", *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Nº 3, España, 1999, disponible en: https://huespe des.cica.es/gi madus/03 /decre chos.htm

[7] FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María. "La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales", artículo de enero 2015, consultado en https://www.resea rchgate .net/publication/281836073

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 100

protección de forma indirecta, a través de los casos con implicaciones ambientales que han sido resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Por esa razón, con posterioridad, se ha elaborado gradualmente un extenso corpus iuris de derecho ambiental internacional.

En el régimen de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales establece en su artículo 37 que en "*las políticas de la Unión se integrará y garantizará, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad*"[8].

El Tribunal Europeo si bien no ha admitido la existencia de un derecho autónomo a la protección del medio ambiente, sí brinda protección al interés ecológico al que considera "*un interés público especialmente digno de protección*"[9].

Un medio ambiente saludable es inescindible de las mínimas condiciones de vida dignas. Los casos resueltos por el TEDH son un testimonio acerca de la efectiva consideración ambiental de diversos derechos humanos que pueden tener una clara incidencia medioambiental o que pueden ser limitados en base al interés general a un medio adecuado o a la racional utilización de los recursos territoriales[10].

En conclusión, la tutela judicial a un ambiente sano y adecuado se ha desarrollado indirectamente, mediante la protección directa de los derechos humanos a la vida, a la vida privada y familiar, a la salud, a la integridad de la persona humana en todas sus dimensiones, a la propiedad.

III. Sistema Americano de Derechos Humanos y el derecho al ambiente

La Convención Americana sobre Derechos Humanos tampoco contiene un artículo referido al derecho al ambiente como derecho humano ex-

[8] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 07/12/2000, enmendada por el Tratado de Lisboa del 01/12/2009, 2012/C 326/02.
[9] SIMÓN, Fernando. "La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo", *Persona y Derecho*, N° 63 2010/2, pp. 87/110. ISSN 0211-4526.
[10] BOUAZZA ARIÑO, Omar. "El contenido medioambiental del Convenio Europeo de Derecho Humanos", 27/09/2018, disponible en Pensamiento Civil (https://www.pen samientocivil.com.ar/doctrina/3817-contenido-medioambiental-del-convenio-europeo-derechos-humanos).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 101

presamente reconocido en el texto de la Convención, por lo que su tutela se alcanza por la interrelación de este derecho con el derecho a la vida (art. 4) y a la integridad personal (art. 5).

La consagración expresa del derecho al ambiente sano, se hizo efectiva recién con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", de fecha 17/11/1988 que entró en vigor el 16/11/1999[11].

El único antecedente similar a este Protocolo es la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), adoptada en Nairobi el 27/06/1981, que es el primer tratado de derechos humanos que a la par de reconocer tanto derechos individuales como colectivos, establece deberes correlativos a los derechos[12]. En el art. 24 establece que "*(t)odos los pueblos tendrán derecho a un ambiente general satisfactorio favorable a su desarrollo*".

La Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004[13] reconoce en el art. 38 el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure el bienestar y una vida digna. Asimismo, la Declaración de Derechos Humanos aprobada por la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental de noviembre de 2012 en el apartado 28. f) reconoce el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio y sostenible como elemento del derecho a un nivel de vida adecuado.

El Preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo de San Salvador"), resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales -que incluye el derecho a un medio ambiente sano- y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconoci-

[11] Lo han ratificado: (1) Argentina, (2) Bolivia, (3) Brasil, (4) Colombia, (5) Costa Rica, (6) Ecuador, (7) El Salvador, (8) Guatemala, (9) Honduras, (10) México, (11) Nicaragua, (12) Panamá, (13) Paraguay, (14) Perú, (15) Suriname y (16) Uruguay.

[12] SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria. "El Sistema Africano de Derechos Humanos", disponible en http://www.corteidh.or.cr/tablas/25346.pdf

[13] Ver DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, "La Carta Árabe sobre los Derechos Humanos", disponible en http://www.acad erc.org.ar/do ctrina/la-carta- arabe-so bre-dere chos-humanos/at_download/file

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 102

miento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

Su art. 11 declara el "*Derecho a un Medio Ambiente Sano*" *de la siguiente forma: "1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente*".

El derecho a un medio ambiente sano, también se considera indirectamente incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el art. 26 de la Convención Americana, que consagra que: "*Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*"[14].

La Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992, en el Principio Primero, reconoció que: "*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 Asamblea General de la OEA ha destacado "*(…) la importancia de estudiar el vínculo que puede existir entre el medio ambiente y los derechos humanos, reconociendo la necesidad de promover la protección del medio ambiente y el pleno goce de todos los derechos humanos*"[15].

[14] Así lo ha interpretado la Corte IDH en el Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párrs. 142 a 144; en el Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 100.

[15] OEA, Resolución de la Asamblea General, titulada "Derechos Humanos y Medio Ambiente", aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 05/06/2001, OEA/Ser.P AG/ RES. 1819 (XXXI-O/01), resolutivo primero.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 103

En la Resolución titulada "Los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas", la Asamblea General de la OEA reconoció "la creciente importancia que se le asigna a la necesidad de administrar el medio ambiente en un forma sostenible para promover la dignidad y el bienestar humanos", y resolvió continuar alentando la cooperación institucional en la esfera de los derechos humanos y el medio ambiente en el marco de la Organización, en particular, entre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComisiónIDH) y la Unidad de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente[16].

Los Estados miembros de la OEA declararon en la Carta Democrática Interamericana del 11/09/2001, que el ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente. Es esencial que los Estados del Hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones (art. 15).

El Programa Interamericano para el Desarrollo Sostenible 2016-2021, aprobado el 14/06/2016, reconoce las tres dimensiones del desarrollo sostenible: "*económica, social y ambiental*", de carácter "*integrado e indivisible*", para lograr "*el desarrollo, erradicar la pobreza y promover la igualdad, la equidad y la inclusión social*". Establece acciones estratégicas para asegurar que el trabajo de la Secretaría General de la OEA se encuentre alineado a la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Resolución A/RES/70/1 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 21 de octubre de 2015), como así también, con el Acuerdo de París sobre el cambio climático en el hemisferio, y que sus objetivos y resultados estén guiados por los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de alcance mundial aprobados por los Estados Miembros y que contribuyan a alcanzarlos[17].

Todos estos instrumentos internacionales desarrollan progresivamente los principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en materia de protección del medio ambiente para respetar y garantizar los derechos humanos.

[16] OEA, Resolución de la Asamblea General, titulada "Derechos Humanos y Medio Ambiente", aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 10/06/2003, AG/RES. 1926 (XXXIII—- O/03) de 2003, preámbulo y resolutivo segundo.

[17] Cfr. OEA, Resolución de la Asamblea General, titulada "Programa Interamericano para el Desarrollo Sostenible", AG/RES. 2882 (XLVI-O/16), 14 de junio de 2016.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 104

IV. El valor de la jurisprudencia en la determinación de los principios y obligaciones ambientales y la tutela judicial efectiva del ambiente

IV.1. Jurisprudencia Tribunal Europeo de los Derecho Humanos

A partir de un corpus iuris de derecho internacional, la jurisprudencia del sistema europeo también ha contribuido a la determinación de los principios generales y de las obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en materia de protección del medio ambiente, para que se respeten y garanticen los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción, y se adopten las medidas que resulten adecuadas y pertinentes.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la degradación severa del medio ambiente, puede afectar el bienestar del individuo y, como consecuencia, generar violaciones a los derechos de las personas, tales como:

a) Los derechos a la vida (art. 2 C.E.D.H.)[18].

b) El derecho a la vida privada y familiar e inviolabilidad del domicilio (art. 8 ib.)[19].

[18] Cfr. Corte I.D.H. OC 23-17 que resume los siguientes casos: TEDH, Caso Öneryildiz Vs. Turquía [GS], N°. 48939/99. Sentencia de 30 de noviembre de 2004, párrs. 71, 89, 90 y 118; TEDH, Caso Budayeva y otros Vs. Rusia, N° 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02. Sentencia de 20 de marzo de 2008, párrs. 128 a 130, 133 y 159, y TEDH, Caso M. Özel y otros Vs. Turquía, N° 14350/05, 15245/05 y 16051/05. Sentencia de 17 de noviembre de 2015, párrs. 170, 171 y 200.

[19] Cfr. Corte I.D.H. OC 23-17 que resume los siguientes casos: TEDH, Caso López Ostra Vs. España, N° 16798/90. Sentencia de 9 de diciembre de 1994, párrs. 51, 55 y 58; TEDH, Caso Guerra y otros Vs. Italia [GS], N° 14967/89. Sentencia de 19 de febrero de 1998, párrs. 57, 58 y 60; TEDH, Caso Hatton y otros Vs. Reino Unido [GS], N°. 36022/97. Sentencia de 8 de julio de 2003, párrs. 96, 98, 104, 118 y 129; TEDH, Caso Taşkin y otros Vs. Turquía, N° 46117/99. Sentencia de 10 de noviembre de 2004, párrs. 113, 116, 117, 119 y 126; TEDH, Caso Fadeyeva Vs. Rusia, N° 55723/00. Sentencia de 9 de junio de 2005, párrs. 68 a 70. 89, 92 y 134; TEDH, Caso Roche Vs. Reino Unido [GS], N° 32555/96. Sentencia de 19 de octubre de 2005, párrs. 159, 160 y 169; TEDH, Caso Giacomelli Vs. Italia, N° 59909/00. Sentencia de 2 de noviembre de 2006, párrs 76 a 82, 97 y 98; TEDH, Caso Tătar Vs. Romania, N° 67021/01. Sentencia de 27 de enero de 2009, párrs 85 a 88, 97, 107, 113 y 125, y TEDH, Caso Di Sarno y otros Vs. Italia, N° 30765/08. Sentencia de 10 de enero de 2012, párrs. 104 a 110 y 113. Caso Grimkovskaya c. Ucrania, de 21 de julio de 2011: El TEDH señaló que el gobierno ucraniano no ha realizado un estudio ambiental antes de permitir la ca-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 105

c) El derecho a la propiedad privada (art. 1 del Protocolo 1)[20].

d) La prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes (art. 3)[21].

e) El derecho a un proceso equitativo (art. 6)[22].

f) La libertad de conciencia y de asociación (art. 9)[23].

g) La libertad de expresión (art. 10)[24].

---

rretera, ni ha realizado esfuerzo alguno para atenuar sus efectos nocivos. Por otro lado, la demandante no ha tenido una posibilidad real de discutir la política aplicada en este caso. Se constata que los tribunales internos no han motivado suficientemente sus decisiones al inadmitir la demanda y concluye que ha habido una violación del artículo 8 CEDH.

[20] Cfr. Corte I.D.H. OC 23-17 que resume los siguientes casos: TEDH, Caso Papastavrou y otros Vs. Grecia, N° 46372/99. Sentencia de 10 de abril de 2003, párrs. 33 y 36 a 39; TEDH, Caso Öneryildiz Vs. Turquía [GS], N° 48939/99. Sentencia de 30 de noviembre de 2004, párrs. 124 a 129, 134 a 136 y 138, y TEDH, Caso Turgut y otros Vs. Turquía, N° 1411/03. Sentencia de 8 de julio de 2008, párrs. 86 y 90 a 93; Haider c. Austria, de 29 de enero de 2004; Caso Trimeg Limited c. Malta, de 27 de septiembre de 2011; Caso Hamer c. Bélgica, de 27 de noviembre de 2007: el Tribunal indica en esta sentencia que no se debe otorgar primacía a los imperativos económicos y a ciertos derechos fundamentales, como el derecho de propiedad, frente a las consideraciones medioambientales, en particular cuando el Estado ha abordado de manera expresa la materia.

[21] Un medio ambiente saludable en las prisiones dignifica la vida de los presos. El TEDH condenó a Rumanía por no contemplar celdas separadas para no fumadores: Casos Florea c. Rumanía, de 14/09/2010 y Elefteriadis c. Rumania, de 25/01/2011, referido a un prisionero que padece una enfermedad pulmonar como consecuencia del tabaquismo pasivo.

[22] Caso Apanasewicz c. Polonia, de 3 de mayo de 2011, la demandante acude ante el TEDH alegando una violación del art. 6 del Convenio, en lo que a la ejecución de sentencias se refiere, y del art. 8 CEDH., en lo referido a la interferencia de las molestias en su vida privada. El TEDH. considera que se ha producido una violación de ambos preceptos ya que las autoridades polacas han reconocido los daños ocasionados por la actividad sin licencia de la fábrica, pero no han ejecutado sus decisiones sobre la paralización de su actividad ni la orden de demolición.

[23] TEDH Caso Chassagnou y otros c. Francia, de 29 de abril de 1999: obligar a un individuo por ley a una adhesión profundamente contraria a sus propias convicciones y obligarle, por el hecho de esta adhesión, a aportar el terreno del que es propietario para que la asociación en cuestión realice objetivos que él desaprueba, va más allá de lo que es necesario para garantizar un justo equilibrio entre intereses contradictorios y no podría ser considerado como proporcionado al fin perseguido.

[24] TEDH Caso Vides Aizsardzibas Klubs c. Letonia, de 27 de mayo de 2004, la asociación demandante, el "Club para la protección del medio ambiente" fue condenada por un delito de difamación por denunciar el comportamiento de una alcaldesa en la adjudicación irregular de permisos de obra en las zonas es-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 106

Los derechos humanos reconocidos en los artículos 2 (derecho a la vida) y 8 (derecho a la vida privada y familiar e inviolabilidad del domicilio) han proporcionado la cobertura para que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos brinde protección al ambiente de manera indirecta, por la vía de proteger directamente tales derechos. La jurisprudencia más reciente del TEDH es testimonio de ello.

IV.1.a. Contaminación industrial: Falta de reacción a la contaminación del aire por una acería, en detrimento de la salud de la población circundante

En la causa Cordella y Otros c. Italia (Ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15), Sentencia del 24/01/2019, el TEDH abordó el tema de la contaminación industrial que producía una fábrica de acero, que operaba desde 1965 en Taranto (una ciudad con aproximadamente 200.000 habitantes), propiedad de una corporación pública hasta que fue privatizada en 1995. En 1990, una resolución del Consejo de Ministros declaró a Taranto y otros territorios contiguos como de "alto riesgo ambiental" a causa de las emisiones de la planta fabril.

En 1998, el Presidente de la República aprobó un plan de descontaminación, se declaró a esos municipios "*sitios de interés nacional para la descontaminación*" y las autoridades firmaron acuerdos con la empresa. En 2011 se impusieron condiciones sustantivas y relacionadas con la información en el contexto de una licencia administrativa de explotación. Los plazos impuestos se extendieron y en 2015, como resultado de su insolvencia, al administrador de la empresa se le otorgó una exención de responsabilidad administrativa y penal en las medidas ambientales propuestas. Mientras tanto, las instituciones de la Unión Europea (el Tribunal de Justicia y la Comisión) concluyeron que Italia no había cumplido con las directivas aplicables. Se iniciaron varios procedimientos civiles y penales. No obstante, las emisiones tóxicas persistieron.

---

pecialmente protegidas de los sistemas dunares del Golfo de Riga. Se entendió que la demandante no sólo tenía el derecho, sino que también tenía la obligación, como ONG ecologista, a denunciar cuestiones que afectan al interés general. Se reconoce tanto la participación ciudadana cooperativa, mediante las ONG, como la directa, es decir, mediante la denuncia de cualquier persona de hechos que tienen que ver con el interés general, como los medioambientales.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 107

La sentencia pone de relieve que si bien no es tarea del Tribunal determinar exactamente qué medidas deberían haberse tomado en el presente caso para reducir la contaminación de una manera más eficiente, sí es de la competencia del Tribunal evaluar si las autoridades nacionales habían abordado el problema con la debida diligencia y considerado todos los intereses en conflicto. La responsabilidad recae sobre Estado que no actuó con eficiencia para evitar que ciertas personas soportaran una carga o sacrificio especial con respecto al resto de la comunidad.

En definitiva, el T.E.D.H. concluyó que el trabajo de descontaminación para limpiar la fábrica y la región afectada por la contaminación ambiental era esencial y urgente. Por lo tanto, el plan ambiental aprobado por las autoridades nacionales, que establece las medidas y acciones necesarias para garantizar la protección del medio ambiente y la salud de la población, se implementaría lo más rápido posible. A partir de este análisis declaró una violación de los art. 8 y 13 del C.E.D.H.

IV.1.b. Falta de regulación de una central térmica que operaba en las proximidades de residencias familiares

En la causa Jugheli and Others v. Georgia - 38342/05, Sentencia del 13/07/2017 [Section V], el TEDH declaró una violación al art. 8 del Convenio.

Según la Ley de Licencias Ambientales del 15/12/1996, las actividades industriales generadoras de energía, incluidas las centrales térmicas, requerían un permiso ambiental emitido por el Ministerio del Medio Ambiente basado en un estudio de evaluación de impacto ambiental y un estudio ecológico. Sin embargo, la Ley se aplicaba solo a las actividades industriales que comenzaron después de su entrada en vigor. Para las empresas que habían comenzado sus actividades industriales antes, el plazo para presentar los estudios de evaluación de impacto ambiental fue establecido para el 01/01/2009.

Los demandantes vivían en un bloque de pisos en el centro de la ciudad muy cerca (aproximadamente 4 metros) de una central térmica que proporcionaba electricidad y calor a las áreas residenciales adyacentes. La planta había estado en funcionamiento desde 1939, pero dejó de generar electricidad en 2001 debido a problemas financieros. Según los so-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 108

licitantes, mientras estaba en funcionamiento, las actividades peligrosas de la planta no estaban sujetas a las regulaciones pertinentes y, como resultado, emitían varias sustancias tóxicas a la atmósfera que afectaban negativamente su bienestar.

El Tribunal expresó que aun suponiendo que la contaminación del aire no causó ningún daño cuantificable a la salud de los solicitantes, los hizo más vulnerables a diversas enfermedades. Además, ha afectado negativamente su calidad de vida en el hogar. Por lo tanto, hubo una interferencia con los derechos de los solicitantes que alcanzó un nivel de severidad suficiente como para ponerla dentro del alcance de protección del art. 8 de la Convención.

La cuestión se resume en la ausencia virtual hasta 2009 de un marco regulatorio aplicable a las actividades peligrosas de la planta y a la incapacidad estatal de abordar la contaminación del aire resultante que afectó negativamente los derechos de los solicitantes.

En el contexto de actividades peligrosas en particular, los Estados tienen la obligación de establecer regulaciones orientadas a las características específicas de la actividad en cuestión, especialmente con respecto al nivel de riesgo potencialmente involucrado. Dichas normas deben regir la concesión de licencias, el establecimiento, el funcionamiento, la seguridad y la supervisión de la actividad y deben obligar a todos los interesados a tomar medidas prácticas para garantizar la protección efectiva de los ciudadanos cuyas vidas podrían estar en peligro por los riesgos inherentes.

La ausencia virtual de cualquier marco legislativo y administrativo aplicable a las actividades potencialmente peligrosas de la planta, en el presente caso, le había permitido operar en las inmediaciones de las casas de los solicitantes sin las garantías necesarias para evitar o al menos minimizar la contaminación del aire y su impacto negativo en la salud y el bienestar de los vecinos afectados.

La situación se había exacerbado por el hecho de que, a pesar de ordenar a la planta que instalara el equipo de filtración y purificación pertinente para minimizar el impacto de las emisiones tóxicas en los residentes del edificio, las autoridades competentes no tomaron medidas efectivas para dar seguimiento a esa medida.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 109

En estas circunstancias, el Estado demandado no aseguró un equilibrio justo entre los intereses de la comunidad de tener una planta de energía térmica operativa y el disfrute efectivo de los afectados a su derecho al respeto de su vida privada y familiar. La violación del art. 8, también fue declarada.

IV.1.c. Contaminación acústica: falta de una respuesta adecuada y efectiva por parte de las autoridades nacionales para poner fin a la molestia de un bar ubicado en una casa familiar

En el Caso Udovičić v. Croatia - Application no. 27310/09, del 24/04/2014, el Tribunal reiteró que el art. 8 de la Convención protege el derecho del individuo al respeto de su vida privada y familiar, su hogar y su correspondencia. Una casa generalmente será un lugar, un área físicamente definida, donde la vida privada y familiar continúa. El individuo tiene derecho a que se respete su hogar, lo que significa no solo el derecho al área física real, sino también al disfrute tranquilo de esa área. Las violaciones del derecho al respeto por el hogar no se limitan a infracciones concretas o físicas, como la entrada no autorizada a la casa de una persona, sino que también incluyen aquellas que no son concretas o físicas, como ruido, emisiones, olores u otras formas de interferencia. Una violación grave puede resultar en la violación del derecho de una persona al respeto de su hogar si le impide disfrutar de las comodidades de su hogar (Hatton y otros Vs. Reino Unido [GC], N° 36022/97, § 96, CEDH 2003-VIII).

El Tribunal expresó que, aunque no existe un derecho explícito en la Convención a un ambiente limpio y tranquilo, en la medida que un individuo se ve directa y gravemente afectado por el ruido u otra contaminación, puede surgir un problema en virtud del art. 8 de la Convención (Hatton y otros, citado anteriormente, § 96; López Ostra v. España, sentencia de 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 303-C; Powell y Rayner v. Reino Unido, sentencia de 21 de febrero de 1990, Serie A N° 172, p. 18 , § 40; y Furlepa v. Polonia (dec.), N° 62101/00, 18 de marzo de 2008).

Aunque el objeto del art. 8 es esencialmente proteger a la persona contra la interferencia arbitraria de las autoridades públicas, esto puede implicar que esas autoridades adopten medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada, incluso en el ámbito de las relaciones entre

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 110

las personas (Stubbings y otros Vs. el Reino Unido, Sentencia de 22/10/1996, Reports 1996-IV, pp. 1505, § 62, y Surugiu v. Romania, N° 48995/99, § 59, 20/04/2004). Si el caso se analiza en términos de un deber positivo para el Estado de tomar medidas razonables y apropiadas para garantizar los derechos de los solicitantes en virtud del párrafo 1 del Artículo 8 o en términos de una injerencia de una autoridad pública para justificarse de conformidad con el párrafo 2, los principios aplicables son ampliamente similares. En ambos contextos, debe tenerse en cuenta el justo equilibrio que debe lograrse entre los intereses en conflicto del individuo y de la comunidad en su conjunto. Además, incluso en relación con las obligaciones positivas que se derivan del primer párrafo del art. 8, al alcanzar el equilibrio requerido, los objetivos mencionados en el segundo párrafo pueden ser de cierta relevancia.

IV.1.d. Consumo domiciliario de agua potable contaminada por líquidos cloacales

En el Caso Otgon Vs. República de Moldavia (Demanda N° 22743/07), Sentencia del 25/10/2016, la demandante se quejaba de que su salud había sido puesta en peligro como consecuencia de haber bebido agua contaminada. Consideró que había una violación del artículo 8 del Convenio.

En las proximidades del bloque de pisos donde vivía la demandante, la tubería de aguas residuales estaba situada encima de la tubería de agua potable y tenía fugas. La tubería de agua se agrietó el 26/10/2005 y el agua residual se infiltró en la tubería de agua potable. Las tuberías se habían utilizado desde 1977 y su vida útil era de quince años. Un total de cinco personas que habían bebido agua de grifos conectados a la misma tubería ingresaron en el hospital con el mismo diagnóstico -disentería aguda grave- y aproximadamente al mismo tiempo que la demandante.

La demandante alegó que, si bien los tribunales nacionales habían declarado que se habían violado sus derechos, la indemnización concedida fue demasiado pequeña para compensar el sufrimiento físico y mental causado a ella y a su familia. Además, presentó documentos que confirmaban que después de los acontecimientos de 2005, siguió teniendo problemas de salud, como ulceración aguda, colecistitis crónica,

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 111

hipotiroidismo no compensado y trastorno metabólico. Desde entonces ha sido regularmente tratada por estas enfermedades.

El TEDH recordó que el concepto de "vida privada" es un término amplio que no puede ser definido de manera exhaustiva. Abarca, entre otras cosas, la integridad física y moral de una persona[25].

El Convenio no reconoce expresamente el derecho a un medio ambiente limpio y tranquilo, pero cuando una persona sufre directa y seriamente a causa de ruido u otras formas de contaminación, la cuestión puede ser planteada en virtud del artículo 8[26].

El art. 8 puede aplicarse en casos medioambientales, tanto si la contaminación es causada directamente por el Estado, como si la responsabilidad del Estado se deriva de la falta de regulación adecuada de la industria privada. Tanto si el caso se aborda en términos de una obligación positiva del Estado de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos de los demandantes en virtud del párrafo 1 del artículo 8, como en términos de una injerencia de una autoridad pública justificada de conformidad con el párrafo 2, los principios aplicables son, en líneas generales, similares.

IV.2. Jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH. en el Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196. párr. 148. expresó que "*existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos*". Las formas en que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático han afectado al goce efectivo de los derechos humanos en el continente ha sido objeto de discusión por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos[27] y las Naciones Unidas[28].

[25] Caso X e Y c. Holanda, 26 de marzo de 1985, § 22, Serie A núm. 91, Pretty c. El Reino Unido, núm. 2346/02, § 61, TEDH 2002 III y G.B. y R.B. c. la República de Moldavia, núm. 16761/09, § 29, 18 de diciembre de 2012.

[26] Powell y Rayner c. el Reino Unido, 21 de febrero de 1990, § 40, Serie A núm. 172, López Ostra c. España, 9 de diciembre de 1994, § 51, Serie A núm. 303 C, Guerra y otros c. Italia, 19 de febrero de 1998, § 57, Compilación de sentencias y decisiones 1998 I y Hatton y otros c. el Reino Unido [GS], núm. 36022/97, § 96, TEDH 2003 VIII.

[27] OEA/Ser.P AG/RES. 1819 (XXXI-O/01) "Derechos humanos y medio ambiente", Aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2001

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 112

Diversos Estados partes de la Convención Americana han adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano[29].

La Corte IDH también ha desarrollado el derecho a la vida, a la integridad personal, el derecho a la propiedad, el derecho a la salud[30]. También se ha pronunciado sobre los derechos de procedimiento con respecto al impacto ambiental de un proyecto de industrialización forestal, refiriéndose tanto al acceso a la información como a la participación pública[31].

En casos sobre derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales, la Corte IDH se ha referido a la relación entre un medio ambiente sano

(disponible en: http://www.oas.or g/juridico/s panish/ag0 1/agres_18 19.htm); AG/RES. 1896 (XXXII-O/02) "Derechos humanos y medio ambiente en las Américas", Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2002 (disponible en: http://www.oas.org/ juridico/spa nish/ag02/agr es_1896.htm); AG/RES. 1926 (XXXIIIO/03) "Los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas", Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 10 de junio de 2003 (disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/ag03/agres _1926.htm); AG/RES. 2349 (XXXVII-O/07) "El agua, la salud y los derechos humanos", Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2007 (disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2349_XXXVII-O07.doc), y AG/RES. 2429 (XXXVIIIO/08) "Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas", Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 (disponible en: http://www.oas.o rg/DIL/ESP /AGRES_ 2429.doc).

[28] Resolución 2005/60 adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, titulada "Los derechos humanos y el medio ambiente como parte del desarrollo sostenible", aprobada el 10/04/2005, E/CN.4/2005/L.10/Add.17 (disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005- 60.doc).

[29] Constitución de la Nación Argentina, artículo 41; Constitución de la República Federal de Brasil, artículo 225; Constitución de la República de Chile, artículo 19.8; Constitución de la República de Colombia, artículo 79; Constitución de la República de Ecuador, artículo 14; Constitución de Haití, artículos 253 y 254; Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4; Constitución de la República de Nicaragua, artículo 60; Constitución de la República de Panamá, artículos 118 a 121; Constitución de la República del Paraguay, artículo 7, Constitución de la República de Perú, artículo 2.22; Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 127.

[30] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 163; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, supra, párrs. 145, 232 y 249; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 111, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, supra, párr. 172.

[31] Cfr. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 86.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 113

y la protección de derechos humanos, considerando que el derecho a la propiedad colectiva de estos, está vinculado con la protección y acceso a los recursos que se encuentran en los territorios de los pueblos, pues estos recursos naturales son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dichos pueblos[32].

Se ha reconocido la estrecha vinculación del derecho a una vida digna con la protección del territorio ancestral y los recursos naturales. La situación de especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas y tribales, impone a los Estados el deber de adoptar medidas positivas encaminadas a asegurar a los miembros de estos pueblos, el acceso a una vida digna -que comprende la protección de la estrecha relación que mantienen con la tierra- y su proyecto de vida, tanto en su dimensión individual como colectiva[33].

La falta de acceso a los territorios y a los recursos naturales correspondientes puede exponer a las comunidades indígenas a condiciones de vida precarias o infrahumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlas a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma[34].

La Comisión Interamericana ha resaltado que varios derechos de rango fundamental requieren -como precondición necesaria para su ejercicio- una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales[35].

[32] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 137; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr 118; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172, párrs. 121 y 122, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, párr. 173.

[33] Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 163, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, supra, párr. 181.

[34] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, supra, párr. 164; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 147 y Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 354.

[35] CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales - Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 114

IV.2.a. Ecuador: pueblos indígenas en aislamiento voluntario: Tagaeri y Taromenani

La petición inicial fue presentada ante la ComisiónIDH en relación con la falta de adopción por parte del Estado ecuatoriano de mecanismos efectivos para proteger la existencia de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario Tagaeri y Taromenani y su territorio ancestral. Los peticionarios alegan que ello se manifiesta en actos de violencia y asesinatos de los que han sido víctimas estos pueblos, en particular de presuntas dos matanzas cometidas en mayo de 2003 y abril de 2006 por taladores ilegales e indígenas Waorani. Tales hechos hacen parte de una situación de invasión del territorio ancestral Tagaeri y Taromenani, y de la explotación legal e ilegal de sus recursos naturales.

Durante el trámite ante la ComisiónIDH, los peticionarios informaron que la persistencia de la ausencia de medidas efectivas de protección por parte del Estado, condujo a que se produjera una nueva presunta masacre contra los pueblos en aislamiento en marzo de 2013. En abril de 2013, los peticionarios informaron que la evidencia disponible hasta el momento sugiere que en el Yasuní ha ocurrido una nueva masacre de pueblos indígenas en aislamiento voluntario Tagaeri y Taromenani. Indicaron que el 05/03/2013 miembros del pueblo Taromenani mataron con lanzas a Ompore y Buganey, una pareja de adultos Waorani, en Yarentaro dentro del Bloque Petrolero 16. La muerte de la pareja condujo a que un grupo de entre 12 y 18 Waorani organizara un ataque para vengar los asesinatos. Luego de varias incursiones en el área para identificar su ubicación, el 30 de marzo el grupo de Waorani atacó con armas de fuego y lanzas a los Taromenani, como consecuencia de lo cual se calcula habrían muerto entre 30 y 50 hombres, mujeres y niños. Dos niñas Taromenani, de aproximadamente 2 y 6 años de edad y hermanas entre sí fueron retenidas y permanecieron con los Waorani que participaron en los hechos. Alegan que el Estado no tomó las medidas necesarias para evitar esta masacre.

La Comisión recomendó al Estado de Ecuador que adoptase las medidas necesarias para evitar el daño por la actividad petrolera que se estaba llevando a cabo, para proteger la vida e integridad personal de los

56/09, párr. 190.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 115

miembros de los pueblos Tagaeri y Taromenani, en especial, para proteger el territorio en el que habitan, incluyendo las acciones requeridas para impedir el ingreso a terceros.

IV.2.b. Guatemala: La represa hidroeléctrica de Chixoy: masacre y eliminación de la comunidad de Río Negro

El caso se refiere al derecho a vivir en tierras ancestrales y autoderminación. En 1982 a partir de la construcción de la represa Chixoy ubicada en pleno centro del país, el gobierno desplazó a pobladores de la comunidad maya achís asentados en el lugar, lo que generó la reacción de los lugareños.

Para la construcción de tal emprendimiento, considerado como una de las obras más grandes de infraestructura de la historia de Guatemala, el gobierno resolvió desplazar a pobladores de la comunidad maya achís asentados en el lugar, lo que generó que los lugareños reaccionaran con ira.

Hubo detenciones ilegales, allanamientos de domicilio, tortura, violación, ejecución individual y grupal de individuos, traslado forzoso de niños y niñas a las comunidades de los asesinos y desplazamiento forzoso de sobrevivientes en las montañas[36].

El Ejército confrontó a las poblaciones de Xococ con la de Río Negro, conformó Patrullas de Autodefensa Civil, y ocurrieron reiteradas masacres en la zona de Rabinal.

El Caso Chixoy es un testimonio de la negligencia en los estudios de factibilidad, desplazamiento forzoso, masacres y otras violaciones a los derechos humanos, daños irreparables al medio ambiente, incumplimiento en las políticas de reasentamiento.

IV.2.c. Perú: Derecho sobre la tierra

La tierra constituye para los pueblos indígenas una condición de la seguridad individual y de enlace del grupo. La recuperación, reconocimiento, demarcación y registro de las tierras significan derechos esenciales para la supervivencia cultural y para mantener la integridad comunitaria.

[36] Corte I.D.H. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, Sentencia de 04/09/2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 116

En junio de 2000, la Comisión IDH constató que cerca de 300 comunidades nativas del Perú no estaban reconocidas ni tenían título de propiedad, y aproximadamente 3431 comunidades campesinas carecían de un respaldo sobre sus tierras tradicionales, lo que implicaba que no pudiesen inscribir sus títulos en los Registros Públicos por carecer de los planos y/o las memorias descriptivas. El procedimiento vigente para la titulación de las tierras comunales indígenas es largo y reiterativo.

Muchas comunidades nativas han sufrido años de trámites y elevados costos, excesivo rigor legal que termina perjudicando a los interesados.

El art. 88 de la Constitución de Perú contiene un capítulo relativo a las tierras abandonadas respecto de las cuales establece que pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta. Ello constituye una seria amenaza al funcionamiento del sistema tecnológico-productivo comunal andino que se basa en la utilización extensiva del territorio, en el uso temporal del cultivo, en la rotación y en los descansos que erróneamente pretenden ser entendidos como síntomas de abandono.

A su vez, la Comisión fue informada sobre la explotación desmesurada de los recursos naturales y materia prima de la selva peruana en territorios indígenas. La acción de empresas madereras y petroleras en esas zonas, sin la consulta y consentimiento de las comunidades afectadas, ocasiona en numerosos casos un deterioro en el medio ambiente, y ponía en peligro la supervivencia de estos pueblos.

Sobre la base de lo expuesto, la Corte IDH ha sostenido que los Estados deben adoptar "*medidas apropiadas para garantizar el proceso de demarcación legal, reconocimiento y otorgamiento a las comunidades indígenas de títulos de propiedad sobre la tierra y para que ese proceso no perjudique el normal desarrollo de la propiedad y vida comunitaria*"[37].

También solicitó que "*(a)segure, en consonancia con lo estipulado por el Convenio 169 de la OIT, que todo proyecto de infraestructura o de explotación de recursos naturales en área indígena o que afecte su hábitat o cultura, sea tramitado y decidido con participación y en consulta con los*

[37] CorteIDH. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 39 – Recomendación 4. Ver también: Corte I.D.H., Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párrs. 45, 50 – Recomendación 4.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 117

pueblos interesados con vistas a obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios"[38].

El derecho al territorio resulta fundamental, ya que en el caso de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial la interdependencia con el medio ambiente es total y su vida gira en torno a una simbiosis casi perfecta con su medio ambiente, que les permite mantener sus vidas y culturas, gracias a los conocimientos profundos que tienen sobre los usos, aplicaciones y cuidados de su entorno. Esto significa que el respeto de su decisión de mantenerse en aislamiento requiere que se garantice y respete el ejercicio de sus derechos territoriales, ya que cualquier agresión ambiental que sufran significaría una agresión a sus culturas y la puesta en riesgo del mantenimiento de su aislamiento[39].

IV.2.d. Paraguay: Caso Yakye Axa vs. Paraguay y la falta de demarcación de las tierras indígenas

Se trata de un conflicto por los efectos adversos a la falta de demarcación de las tierras indígenas.

La Corte fortalece el entendimiento de que "*el derecho a la vida no se limita al derecho a la supervivencia en sí, sino que se extiende a la promoción de una vida con dignidad, ejercida de forma completa con el acceso a los beneficios de la cultura, la salud, la alimentación, educación y un medio ambiente sano*"[40].

V. La visión antropocéntrica y autónoma del derecho a un ambiente sano

El Experto independiente nombrado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2012 sobre la cuestión de las obligaciones de dere-

[38] CorteIDH. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 39 – Recomendación 5.

[39] ONU – Consejo de Derechos Humanos – Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas: Proyecto de Directrices de Protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica y el Gran Chaco. Informe preparado por la Secretaría. Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2009/6, 30 de junio de 2009, párrs. 7, 13, 23.

[40] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio 2005. Serie C, N° 125.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 118

chos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, expresó que "*todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio*"[41].

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha resaltado que "*el medio ambiente no es una abstracción sino que representa el espacio vital, la calidad de vida y la propia salud de los seres humanos, incluyendo a las futuras generaciones*"[42].

En la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció que el alcance de los derechos humanos de todas las personas depende de la consecución de las tres dimensiones del desarrollo sostenible: la económica, social y ambiental[43].

La Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia, sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – Interpretación y alcance de los arts. 4.1. y 5.1. en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[44], ha expresado que "*El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degra-*

[41] Informe preliminar del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, 24 de diciembre de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, párr. 19.

[42] CIJ Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Opinion consultiva del 8 de julio de 1996, párr. 29, y CIJ, Caso Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría / Eslovaquia). Sentencia del 25 de septiembre de 1997, párr. 112.

[43] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 70/1, titulada "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", 25 de septiembre de 2015, Doc. ONU A/RES/70/1, preámbulo y párrs. 3, 8, 9, 10, 33, 35 y 67.

[44] Párrafo 59.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 119

dación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad"[45].

La Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales[46].

El enfoque antropocentrista fue receptado ya por la Constitución de Weimar de 1919 que en su art. 150 establecía que "la Naturaleza goza de la protección y auxilios del Estado".

La perspectiva biocentrista ha sido receptada además en el art. 71 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 que establece: "*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.*

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema".

Asimismo, el Preámbulo de la Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009 expresa que: "*En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas*". El artículo 33 de la misma constitución prevé que: "*Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente*".

[45] Párrafo 59.

[46] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622-16 de 10 de noviembre de 2016, párrs. 9.27 a 9.31; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 218-15-SEP-CC de 9 de julio de 2015, págs. 9 y 10, y Corte Superior de Uttarakhand At Naintal (High Court of Uttarakhand At Naintal) de la India. Decisión de 30 de marzo de 2017. Escrito de Petición (PIL) No. 140 de 2015, págs. 61 a 63.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 120

El derecho a un medio ambiente sano -como derecho autónomo- es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Así como el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos[47], del mismo modo, el derecho a un ambiente sano y adecuado es fundamental para la realización del derecho a la vida, a la vida digna y a la integridad personal y a la integridad de la propiedad.

VI. Antropocentrismo y biocentrismo ambiental: su desarrollo hacia la confluencia de ambas teorías

El desarrollo doctrinal de las teorías antropocentristas -por una parte- y biocentristas o ecocentristas -por la otra- que definen el ambiente y promueven su protección jurídica, están ambas presentes en la actual construcción universal del corpus iuris ambiental.

La teoría antropocentrista entiende que existe un derecho humano al ambiente sano y adecuado y la protección del medio ambiente reside en su condición de bien perteneciente a toda la humanidad y el daño ambiental produce una lesión a todas las personas. Según este enfoque, la protección ambiental está condicionada a los intereses y/o necesidades humanas, frente a los cuales la naturaleza es una propiedad, sometida al dominio de la ley.

La teoría biocentrista o ecocentrista se fundamenta en el concepto que el medio ambiente es digno de protección por sí mismo, de ser objeto de derecho pasa a ser sujeto de derecho en todos sus elementos. Por esta razón se reconoce el deber que tiene la sociedad internacional de proteger el medio ambiente mediante el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, que brinda el sustento necesario para el desarrollo de la vida humana. El ser humano es parte de la naturaleza y la conservación de la naturaleza es un deber del ser humano: ambos, deben coexistir para el perfecto equilibrio orgánico del planeta[48].

[47] Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, supra, párr. 144, y Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2017. Serie C No. 338, párr. 100.

[48] BORRÀS PENTINAT, Susana, "Del derecho humano a un medio ambiente

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 121

Esta perspectiva biocentrista fue receptada por la Conferencia Mundial de los pueblos sobre el cambio climático y los derechos de la Tierra, que elaboró el Proyecto de Declaración Universal sobre los derechos de la Madre Tierra, que reconoce a la Madre Tierra como un ser vivo, es una comunidad única, indivisible y auto-regulada, de seres interrelacionados que sostiene, contiene y reproduce a todos los seres que la componen; y que tiene derechos inherentes e inalienables, como el derecho a la vida y a existir, a ser respetada en sus ciclos vitales sin alteraciones genéticas producidas por la intromisión humana.

Como expresa Elena de Luis García[49], en la actualidad, ambas posiciones confluyen y así se desprende de los distintos instrumentos jurídicos que protegen el medio ambiente, no solamente como un derecho de las personas, sino también por sí mismo.

VII. Reflexiones finales

La falta de recepción normativa expresa en el sistema europeo de derechos humanos del reconocimiento a un derecho al ambiente sano, adecuado y equilibrado, no ha constituido obstáculo alguno para que los órganos permanentes de aplicación del CEDH brinden una protección efectiva al ambiente, en función de considerarlo un "*interés público especialmente digno de protección*" inescindiblemente interrelacionado con otros derechos humanos.

Si bien la jurisprudencia del TEDH no reconoce un derecho subjetivo -individual o colectivo- a la protección del entorno natural como tal, esto es, al medio ambiente como bien colectivo, sin embargo, ha producido una notable ampliación, a través de la interpretación dinámica y evolutiva del Tratado, de los bienes jurídico-individuales protegidos frente a las agresiones medioambientales.

---

sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza", Revista Vasca de Administración Pública, Nº 99-100, 2014, Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, ISSN 0211-9560 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo), pp. 649-680.

[49] DE LUIS GARCÍA, Elena, "El medio ambiente sano: La consolidación de un derecho", Rev. Boliv. de Derecho, Nº 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 550-569, p. 552 y ss.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 122

La innumerable jurisprudencia europea sobre la materia ambiental es la evidencia más clara que confirma esta conclusión.

En el sistema americano de derechos humanos, el reconocimiento expreso del derecho subjetivo al ambiente sano se concreta en el Protocolo de San Salvador. No obstante, las violaciones a la protección del ambiente son mayores a las intervenciones de la Corte y de la Comisión. Los casos resueltos se han vinculado más a la protección de sectores vulnerables de la población, como son las comunidades indígenas, que a la protección directa del ambiente como derecho subjetivo sobre un bien colectivo.

A partir de esta observación, es posible centrar y anidar las expectativas en el impacto que ha de tener la Opinión Consultiva OC-23/17 para los futuros casos a resolver, que asume de este modo un trascendental rol al ser un instrumento para fortalecer la necesidad de los Estados partes, de asumir mediante acciones concretas, el cumplimiento de las obligaciones ambientales establecidas en los compromisos regionales e internacionales, para asegurar el goce efectivo de un derecho humano fundamental al ambiente sano y adecuado.

Las nuevas tendencias normativas llegan incluso a reconocer al ambiente como un nuevo sujeto de derecho, y no simplemente como un bien colectivo digno de protección jurídica, o como un derecho humano de las personas.

VIII. Bibliografía

AA.VV. *El Derecho del medio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa, Libro Homenaje al Maestro Ramón Martín Mateo*, Asociación Círculo de Derecho Administrativo, Universidad Católica del Perú, Editorial Tinco S.A., ISBN 978-612-4293-07-8, 2016.

BADILLOS, Ana. "La protección a un ambiente sano y su vinculación con los Derechos Humanos", *El Derecho Constitucional*, 2008.

BASUALDO, María de la Cruz. "Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal. Interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1 de la Corte IDH, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la citada Convención", *El Derecho Ambiental,* 13/02/2019, N° 14.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 123

BOEGLIN, Nicolás. "Mucho más que una respuesta a Colombia: a propósito de la Opinión Consultiva OC-23 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre ambiente y derechos humanos", Profesor de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica (UCR), disponible en: https://www.dipublic o.org/1088 01/mucho-m as-que -una-respu esta-a-colombia- a-proposito -de-la-opini on-consul tiva-oc-23-de -la-c orte-inte ramerican a-de-derechos-hum anos-sobre- ambiente-y-derechos- humanos/

BORRÀS PENTINAT, Susana. "Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza", *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 99-100, 2014. Herri- Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, ISSN 0211-9560.

BOUAZZA ARIÑO, Omar. "El contenido medioambiental del Convenio Europeo de Derecho Humanos", 27/09/2018, disponible en "Pensamiento Civil": https://www.pensamientocivil.com.ar/doct rina/3817-contenido-medioambiental-del-convenio-europeo-derechos-h umanos

Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.

DE LUIS GARCÍA, Elena. "El medio ambiente sano: La consolidación de un derecho", *Rev. Boliv. de Derecho* Nº 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 550-569.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. "La Carta Árabe sobre los Derechos Humanos" disponible en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-carta-a rabe-sobre-derechos-human os/at_downlo ad/file

FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María. "La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales", artículo de enero 2015, consultado en https://www.researc hgate.net/pu blication/2 8183607 3

HIDAR, Natalí. "El derecho ambiental y los derechos humanos, su relación y evolución a la luz de la OC-23/17", *El Derecho Ambiental*, 11/09/2018, N° 14.

LOPERENA ROTA, Demetrio. "Los derechos al medio ambiente adecuado y a su protección", *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Nº 3, España, 1999, disponible en: https://huesp edes.cica.e s/gimad us/03/decr echos.htm

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 124

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. "Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2008 Núm. 140.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. "Lo medioambiental y la calidad de vida junto a la necesidad de dar cumplimiento a las sentencias (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "Kyrtatos c. Grecia", de 22 de mayo de 2003)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2005, Núm. 125.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira y TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira "Protección Jurídica del medio ambiente en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Número 28- Año 2015.

PEÑA CHACÓN, Mario. "Utilidad y pertinencia jurídica del reconocimiento de los derechos de la naturaleza. El caso del páramo de Pisba", *Diario Ambiental*, Nro 210, 23/08/2018.

PILEGGI, Bruno. El derecho al acceso a la información pública ambiental en la Argentina bajo la interpretación de la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Derecho Ambiental*, 09/11/2018, Nro 14.

RODRÍGUEZ BELTRÁN, Juan José. "Los derechos humanos y el medio ambiente", *Díkaion: revista de actualidad jurídica,* Nº. 15, 2006; disponible en: http://dikaion. unisabana.e du.co/index. php/dikaion/a rticle/vi ew/1347/ 1483.

RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal. El Derecho Humano al Ambiente Sano. Los derechos ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos, 1era. Edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.

SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria. "El Sistema Africano de Derechos Humanos", disponible en http://www.CorteIDH.or.cr/tablas/253 46.pdf

SIMÓN, Fernando. "La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo", Persona y Derecho, N° 63 2010/2, ISSN 0211-4526.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 125

DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO*

RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT

GRACIELA R. SALAS**

* *Trabajo recibido el 28 de junio de 2019 y aprobado para su publicación el 22 de julio del mismo año.*

** *Abogada y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Público. Titular de la Cátedra "C" de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Córdoba y titular de la misma asignatura en la Universidad Blas Pascal. Miembro titular del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 126

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 127

Resumen: La vinculación entre derechos humanos y medio ambiente ha sido una de las incorporaciones más recientes en la evolución de ambas áreas del conocimiento. En efecto, en las Declaraciones americana y universal sobre derechos humanos (1948) no existen referencias a este derecho, sino que el mismo se desarrollaría con posterioridad a través de los pactos firmados a nivel universal y otros instrumentos regionales, conferencias internacionales, comités y estudios específicos. Una mención especial merece la tarea realizada en la materia por las comisiones y tribunales regionales, como así también los avances alcanzados a nivel de derecho interno de los respectivos Estados.

Palabras-clave: Derechos humanos - Medio ambiente sano.

Abstract: The link between human rights and the environment has been one of the most recent additions in the evolution of both areas of knowledge. In fact, in the American and universal Declarations on Human Rights (1948) there are no references to this right, but it would be developed later through the pacts signed at universal level and other regional instruments, international conferences, committees and specific studies. A special mention merits the task carried out in the matter by the regional commissions and courts, as well as the progress made in the domestic law of the respective states.

Keywords: Human rights - Healthy environment.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Los derechos humanos y el derecho a un medio ambiente sano. IV. El derecho a un medio ambiente sano y sus diferentes acepciones. V. En el ámbito interno.VI. Conclusiones.

I. Introducción

La preocupación por la vinculación entre derechos humanos y medio ambiente ha sido una de las incorporaciones más recientes en la evolución de ambas áreas del conocimiento.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 128

En efecto, si volvemos la mirada sobre la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos, ambas de 1948, no encontraremos mayor referencia al tema que nos ocupa. Tampoco lo encontraremos en los sistemas constitucionales hasta tiempos muy cercanos a nosotros. En efecto, en muchos casos recién fue incorporándose paulatinamente a través de las reformas introducidas en los respectivos sistemas nacionales, o a través del dictado de legislación específica.

Particularmente en nuestro continente americano, la preocupación ambiental fue vinculándose a problemas del desarrollo y especialmente del desarrollo sostenible, a partir de la Conferencia de Río de Janeiro de 1992.

De allí que, entre los Objetivos del Milenio, en el ámbito del desarrollo se incorporó la necesidad de garantizar la sostenibilidad del medio ambiente, asegurando la protección de la diversidad biológica, el acceso al agua potable y a servicios básicos de saneamiento, mediante la incorporación de estos objetivos a las políticas y programas nacionales.

Fue así que los sistemas regionales se hicieron eco de esta preocupación, que se inserta también en los avances que fueron encabezando en materia de promoción y protección de los derechos humanos. En el caso americano, esta tendencia se recogió en el art. 11 parágrafo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador[1].

A nivel de Naciones Unidas vemos aparecer esta temática ya en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Conferencia de Estocolmo) de 1972, pero sería recién en la Declaración de Río de 1992 que se reconocería que los seres humanos tenemos derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (principio 1).

Del mismo modo existen referencias al tema en otros sistemas regionales como en el caso del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2003) en relación a los derechos de las mujeres, o en el sistema europeo que solamente lo ubica dentro del derecho al acceso a la información, a la participación del público en la toma de

[1] Disponible en: https://www.oas.org/juridico/s panish/tratados/a-52.html

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maqueta 1 8/11/2019 14:23 Página 129

decisiones y el acceso a la justicia en temas ambientales, en la Convención de Aarhus (1998)[2].

Por su parte, los tribunales regionales de derechos humanos han producido una importante jurisprudencia relativa a derechos humanos y medio ambiente y han desempeñado un rol importantísimo. Así ha ocurrido también con la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, que han considerado que los daños al medio ambiente a su vez generan violaciones a los derechos a la vida, a la salud, a la propiedad, entre otros[3].

En este punto es donde aparece la vinculación del medio ambiente con los derechos humanos y el derecho a la salud, dentro de los derechos económicos, sociales y culturales[4]. Y es en este caso que nos ocuparemos de casos producidos en el sistema interamericano para el análisis de los temas que nos ocupan.

---

[2] Disponible en: http://www.oas .org/es/sla/ ddi/docs/a cceso_info rmacion_d esarrollos_c onvenio_aa hrus.pdf

[3] Derecho a la vida: Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación Nº 155/96, *Social and Economic Rights Action Center vs. Nigeria (Ogoniland Case),* decisión, párr. 67; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Öneryildiz vs. Turkey (demanda Nº 48939/99), sentencia, 30 de noviembre de 2004, párr. 118; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador, documento OEA/Ser.L/V/II.96 doc. 10 rev. 1. Derecho a la salud: Comité Europeo de Derechos Sociales, demanda Nº 30/2005, *Marangopoulos Foundation for Human Rights vs. Greece*, párr. 221. Derecho a la propiedad: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, serie C, Nº 172, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrs. 95, 158; caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay,* serie C, Nº 125, sentencia de 17 de junio de 2005, párrs. 143, 156; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, caso 12.053, informe Nº 40/04, documento OEA/Ser.L/V/II.122, doc. 5 rev. 1, párr. 153. Derecho a la intimidad: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Fadeyeva vs. Russia* (demanda Nº 55723/00), sentencia de 9 de junio de 2005, párr. 134; *Taşkin and others vs. Turkey* (demanda Nº 46117/99), sentencia de 10 de noviembre de 2004, párr. 1.

[4] Estos vínculos llevan directamente al cuestionamiento sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, según lo establecido en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y especialmente por el capítulo tercero de la Convención Americana de Derechos Humanos y su progresividad en el art. 26 de este último cuerpo legal. Ver PARRA VERA, Oscar. *La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el sistema interamericano de derechos humanos*. Disponible en: http://www.corteid h.or.cr/tabl as/r324 59.pdf

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 130

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible de Naciones Unidas[5] en su informe de diciembre de 2015 precisamente pone de relieve que las comisiones regionales que se ocupan de la promoción y protección de los derechos humanos establecen mecanismos especiales, que pueden abordar cuestiones ambientales.

Fue así que, en el ámbito específico del continente americano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2012), la que deberá actuar en el marco del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Uno de los problemas que debió enfrentar esta Comisión en lo relativo al medio ambiente es la situación de los defensores de los derechos humanos ambientales[6], particularmente respecto de las industrias extractivas, y sobre las mujeres y el medio ambiente.

II. Antecedentes

Decíamos más arriba que en las Declaraciones Americana de Derechos y Deberes y Derechos del Hombre y Universal de Derechos Humanos (1948) no existen referencias al medio ambiente, ni en las constituciones nacionales de la época. Lo mismo ocurría con el mundo científico que comenzaría a ocuparse de esta problemática recién en las décadas siguientes. Esta tarea comenzaría mediante la legislación nacional en materia de contaminación de la atmósfera, del agua, entre otras, y la celebración de tratados vinculados con el medio ambiente.

Recién sería con la convocatoria a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972) que comenzarían a aparecer los principios que hoy regulan la asignatura, con un sentido interestatal podríamos decir. Y recién veinte años después, en la última década del pasado siglo, la comunidad internacional logró unir esa preocupación a la

[5] Naciones Unidas. A/HRC/31/53, puntos 46, 47 y 48.

[6] Comisión Interamericana de Derechos Humanos Caso *Kevin Donaldo Ramírez y familia contra Honduras*. 2015.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 131

sostenibilidad y al contenido social, con la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992). En ella el principio 4 a) sostiene: "*…) a fin de alcanzar el desarrollo sostenible,* ***la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo*** *y no podrá considerarse en forma aislada*".

El paso siguiente fue dado por los Objetivos de Desarrollo del Milenio, cuyo objetivo 7, se centra directamente en garantizar la sostenibilidad del medio ambiente, ya en el ámbito de las Naciones Unidas, en lo que parecería alejarse del tema que nos ocupa. Sin embargo, si volvemos la mirada sobre la evolución de los derechos humanos, vemos que al mismo tiempo los sistemas de promoción y protección tanto a nivel universal como regional, fueron poniendo en práctica su progresividad, en el rumbo que comparten con los lineamientos generales de la ONU, particularmente a través de la obra de los tribunales internacionales sobre derechos humanos, como veremos más adelante.

De allí al reconocimiento de la vinculación entre derechos humanos y medio ambiente, hubo un solo paso, en virtud del cual, se reconoció explícitamente el derecho al medio ambiente saludable y sostenible, en relación directa con los derechos a la vida, a la integridad personal y por ende a la salud, como apuntáramos en el título anterior.

A nivel de Naciones Unidas se sucedieron innumerables resoluciones como la Res. 2997 (XXVII) de la Asamblea General (1972), en la que se creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, y las demás resoluciones que refuerzan su mandato, la Declaración de Nairobi sobre el papel y el mandato del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (1997)[7], y la Declaración Ministerial de Malmö (2000)[8], entre otros.

[7] *52º período de sesiones, Suplemento núm. 25* (A/52/25), anexo, decisión 19/1, anexo.

[8] *52º período de sesiones, Suplemento núm. 25* (A/55/25), anexo I, decisión SS.VI/1, anexo. En este caso sólo se refiere a la salud humana en el punto 5) cuando dice "*(…) los químicos peligrosos y sus consecuencias sobre la salud humana y el medio ambiente y las fuentes de contaminación procedentes de actividades terrestres, todos estos son problemas que deben ser atendidos*".

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 132

III. Los derechos humanos y el derecho a un medio ambiente sano

En los primeros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en los que no se mencionaba aún al medio ambiente, las relaciones con éste se consideraban implícitas. Sin embargo, la realidad de las condiciones ambientalmente desfavorables que impiden el ejercicio pleno de esos derechos contribuyó al reconocimiento de la profunda vinculación existente entre ambos[9].

Decíamos más arriba que el vínculo entre medio ambiente y derechos humanos adquirió notoriedad con la Declaración de Estocolmo de 1972 al afirmar que el hombre tiene: "*(…)* ***el derecho fundamental*** *a la libertad y a la igualdad, dentro de condiciones de vida satisfactorias,* ***en un ambiente cuya calidad le permita vivir en dignidad y bienestar. Asimismo, tiene el deber fundamental de proteger y de mejorar el ambiente*** *para las generaciones presentes y futuras*"[10].

Aquí aparece la concepción derecho - deber, sobre la que volveremos más adelante. Reapareció luego en diversas oportunidades en instrumentos como los que venimos citando y en un estudio de 2008 - 2009 emprendido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los efectos del cambio climático en el disfrute de los derechos humanos, en el que se llegó a la conclusión de que el cambio climático constituiría una amenaza directa e indirecta para muchos derechos, entre ellos los derechos a la vida y a la alimentación, como resultado de la malnutrición y de los fenómenos meteorológicos extremos; el derecho al agua, a causa del deshielo de los glaciares y de la reducción de la capa de nieve; y el derecho al más alto nivel posible de salud, debido a la malnutrición, los fenómenos meteorológicos extremos, y la creciente incidencia del paludismo y de otras enfermedades a las que favorece un tiempo más cálido[11].

[9] GORDILLO, AGUSTÍN *et al. Derechos Humanos,* Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, IX – 9, p. 210.

[10] El informe de la Conferencia A/CONF.48/14 y Corr.1fue transmitido al Consejo Económico y Social y la Asamblea General de las Naciones Unidas.

[11] Citado en el Informe Preliminar del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox A/HRC/22/43, citando el informe (ACNUDH) (A/HRC/10/61), p. 8.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 133

En el ámbito regional americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tocado el tema en ocasiones incidentalmente, como en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, cuando se ocupa del derecho a la salud, en este caso de una comunidad aborigen, y cita el art. 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador): "*Art. 11.* ***Derecho a un Medio Ambiente Sano****. 1. Toda persona tiene* ***derecho a vivir en un medio ambiente sano*** *y a contar con servicios públicos básicos.2. Los* ***Estados partes promoverán*** *la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente*"[12].

Como puede observarse fácilmente este artículo está compuesto por dos partes: la primera se refiere al derecho de una persona a vivir en un medio ambiente sano, mientras que en el segundo apartado el Estado queda *obligado* a promover el cumplimiento de ese derecho, lo que coloca a este artículo en el ámbito del derecho – deber a que hiciéramos referencia más arriba.

Más adelante volveremos sobre el tratamiento que sobre este tema hace el sistema institucional argentino.

Al mismo tiempo este tribunal americano se debió enfrentar a la necesidad de interpretar este artículo en forma conjunta con los artículos 34 inc. i) y 34 inc. l) de la Carta de la OEA, el artículo XI de la Declaración Americana y el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, sus correlativos y concordantes, aplicando métodos de interpretación literal, teleológico, sistemático e histórico. Sin embargo, es de remarcar lo establecido por el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "*Artículo 26.* ***Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias****, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires,* ***en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados***".

Ello significa que la vigencia efectiva de estos derechos queda sujeta a un régimen de supervisión y decisión establecido por cada Estado

[12] Disponible en: http://www.c orteidh.or.cr /docs/casos/ articulos /seriec_125_esp.pdf

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 134

Parte, lo que hace depender del grado de desarrollo del ese Estado la progresividad que pueda asegurarse efectivamente. Y ha sido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidos quien ha debido pronunciarse respecto de si las medidas adoptadas son adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los objetivos de estos derechos y sus reales posibilidades para asegurar la vigencia de tales derechos. Se abre así la amplia avenida de la posibilidad de aplicar medidas regresivas adoptadas por un Estado, teniendo en cuenta las limitaciones de recursos a las que se enfrenta, su nivel de desarrollo, su situación económica, la urgencia de otras necesidades a que deba hacer frente, etc.[13]

Desde ese punto de partida nace un largo proceso respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales que emanan no sólo de las Declaraciones sino del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Protocolo de San Salvador para el continente americano. Sin embargo, este tema merecería consideraciones más profundas que exceden los alcances de este trabajo.

IV. El derecho a un medio ambiente sano y sus diferentes acepciones

A partir de las consideraciones precedentes podemos avanzar sobre uno de los enfoques que permite el derecho a un medio ambiente sano y que lo vinculan directamente con el *derecho a la salud.*

Encontramos que el derecho a un medio ambiente sano orienta también a los objetivos que inspiran a las Naciones Unidas a futuro, siguiendo el rumbo trazado en Río de Janeiro en 1992, en los objetivos a alcanzar en la próxima década[14], no sólo respecto de las personas en forma individual sino con un claro sentido social en tanto se vincula con

[13] PARRA VERA, OSCAR. *La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el sistema interamericano de derechos humanos*, Disponible en: http://www.cor teidh.or.cr/ta blas/r324 59.pdf

[14] Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible A/RES/70/1. Disponible en: https://undo cs.org/es/A/ RES/70/1También lo vemos en el Marco Decenal de Programas sobre Modalidades de Consumo y Producción Sostenibles. Disponible en: http://web.unep. org/es/r olac/mar co-decenal-de- consumo-y-prod ucci%C3% B3n-soste nibles-10yfp-por -sus-siglas-en-ingl%C3 %A9s

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 135

la erradicación del hambre y la pobreza, y las consecuencias humanas de la degradación del medio ambiente, como el cambio climático, la desertificación, la escasez de agua dulce, la reducción de la biodiversidad, la gestión de los productos químicos y de los residuos, entre otras.

Por otro lado, el derecho a una vida digna fue objeto de interesantes consideraciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Villagrán Morales y otros c/ Guatemala cuando dice: "*(…) el derecho fundamental a la vida comprende (…) también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen* ***una existencia digna.*** *Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico (…)*"[15].

Otro de los casos en los que este tribunal analiza la vinculación con el derecho a una vida digna fue el caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay[16] en el que la Corte enumera los alcances del derecho a la vida digna como es el derecho al acceso y calidad del agua, a la alimentación, a la salud, a la educación, teniendo en cuenta las condiciones propias del grupo en cuestión.

Pero donde la Corte profundiza el tema que nos ocupa es en su OC-23/17[17]. Así, pone de relieve que además de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, los Estados deben adoptar todas las "*medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción*" (parágrafo 108). Por otra parte, en el caso de la Comunidad Indígena Yakie Axa c/ Paraguay, parágrafo 163, la Corte incluyó la protección del medio ambiente como una condición para la vida digna, en la que atribuye a la

[15] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) c/ Guatemala*. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie "C" Nº 63, parágrafo 144.

[16] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125, parágrafo 161.

[17] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. *Solicitada por la República de Colombia medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1 en relación con los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Disponible en: http://www.co rteidh.or. cr/docs/op iniones/ser iea_23_e sp.pdf

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 136

salud un rol fundamental. Uno de los temas importantes en dicha Opinión Consultiva para la Corte es el de las obligaciones estatales referentes a los derechos a la vida y la integridad personal, que pueden ser afectadas por daños al medio ambiente.

Así, en el parágrafo 117 sostiene que: "*117* ***los Estados deben abstenerse*** *de (…) ii) contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que se afecte las condiciones que permiten la vida digna de las personas (…)*".

Más adelante vincula las obligaciones estatales con la responsabilidad internacional, cuando en el parágrafo 119 dice: "*(…) En el marco de la protección del medio ambiente, la responsabilidad internacional del Estado derivada de la conducta de terceros puede resultar de la falta de regulación, supervisión o fiscalización de las actividades de estos terceros que causen un daño al medio ambiente*".

Y reserva los parágrafos 146 a 170 a esas obligaciones, que nos hacen volver la mirada al caso planteado por Argentina contra Uruguay en la Corte Internacional de Justicia, por la construcción de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, en la que la cuestión ambiental quedó abierta todavía.

Por su parte la Agenda 2030 Para el Desarrollo Sostenible ha fijado objetivos en las distintas áreas que venimos destacando. Podemos remarcar en este sentido el objetivo 8 cuando lo vincula con el crecimiento económico sostenido, el objetivo 12, modalidades de consumo y producción sostenibles, y también, en última instancia con el mantenimiento de la paz y el principio de autodeterminación de los pueblos.

"No puede haber desarrollo sostenible sin paz, ni paz sin desarrollo sostenible"[18].

En nuestro continente a su vez se ha producido una corriente similar, que quedó de manifiesto en la adopción de una Estrategia Regional de Consumo y Producción Sostenibles (CPS) para la implementación del Marco Decenal de CPS (10YFP) en América Latina y el Caribe (2015-2022)[19].

[18] Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, pág. 2. A/RES/70/1. Disponible en: https://undoc s.org/e s/A/RE S/70/1

[19] Del 5 mayo de 2015. Disponible en: http://www.pn uma.org/ forodemini stros/20-colomb ia/docum entos/Decis ion_7_Con sumo_y_Prod uccion_Sos tenible/Estr ategia_Region al_CPS_F inal_May2 015.pdf

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 137

Esta orientación aparece muy marcada en la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente en la OC-23/17[20], como también lo ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en ambos casos interpretando los alcances de la Declaración Americana de Derechos Humanos y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En estos casos, se observa una interpretación haciéndolos extensivos a la salud y a partir de allí a la integridad personal, a la vida digna, de las que se derivan las connotaciones específicas para cada caso concreto bajo estudio por parte de la Comisión o que le sea sometido a la Corte.

V. En el ámbito interno

Decíamos más arriba que ha sido recién en tiempos más recientes que el tema que nos ocupa se fue incorporando a los sistemas jurídicos internos a través de reformas constitucionales o legislación específica.

En este ámbito, partimos de la idea de que se trata del derecho a un medio ambiente sano como un derecho humano fundamental, presupuesto del disfrute y ejercicio de los demás derechos, por la íntima vinculación del ambiente con el nivel de vida en general y con la vida digna como vimos más arriba. De allí la importancia de su incorporación al sistema jurídico nacional, en virtud del cual se lo considera un derecho humano fundamental, y esencial al disfrute y ejercicio de otros derechos, a los que ha arribado nuestra Constitución Nacional y algunas constituciones provinciales[21], como veremos a continuación.

La Constitución Argentina reconoce el derecho a un ambiente sano en el art. 41, luego de la reforma constitucional de 1994: "*Artículo 41.- **Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano**, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas sa-*

[20] OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y la integridad personal – interpretación de los artículos 4.1 y 5.1 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponible en: http://www.corte idh.or.cr/d ocs/opinion es/seriea_23 _esp.pdf

[21] Así lo sostiene GORDILLO, AGUSTÍN et al. Derechos Humanos, Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 1999, IX - 9.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maqueta 1 8/11/2019 14:23 Página 138

tisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; ***y tienen el deber de preservarlo***". "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".

En esta segunda parte se inscribe el caso de la Provincia de Tierra del Fuego, cuya Constitución, ya desde su preámbulo asume la obligación de proteger el ambiente y particularmente en su art. 25: "***Todo habitante tiene derecho a gozar de un medio ambiente sano****. Este derecho comprende el de vivir en un ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud, la conservación de los recursos naturales y culturales y los valores estéticos que permitan asentamientos humanos dignos, y la preservación de la flora y fauna*".

También se incorpora a esta segunda parte la Constitución de la Provincia de Córdoba[22] que en distintos artículos retiene para sí la competencia para legislar sobre este tema. Así lo hace en el artículo 11[23] de donde surge una posición ampliamente protectora del medio ambiente; el artículo 66[24] donde reconoce a la persona el derecho a *gozar de un medio ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud;* en el artículo 110[25]; también en el artículo 186 referido a la competencia municipal. Todo ello sin ánimo de ser exhaustiva esta enumeración sino a mero título ejemplificativo.

Como puede observarse, la formulación de los nuevos derechos en nuestro país, tras la reforma constitucional, los ubica en el ámbito que señalábamos más arriba de la concepción derecho - deber y en el ámbito provincial se filtra a través del concepto de conservación y preservación.

No abundaremos en detalles de las restantes constituciones provinciales por exceder los alcances de este trabajo.

De la misma forma vemos que a nivel internacional es posible citar ejemplos como el de la Constitución de Portugal de 1976 que se ocupa del tema a partir del art. 66, entre otros.

---

[22] Incluyendo las reformas introducidas en el año 2001. Disponible en: http://legistest1. legiscba.g ob.ar/wp-c ontent/uplo ads/2018/06/ Digesto-Co nstitucional-de-la-Provin cia-de-Cord oba.pdf

[23] Primera parte, Título 1, Sección 1, bajo el título *Recursos naturales y medio ambiente*.

[24] Título II. Capítulo III, referido a las Políticas Especiales del Estado.

[25] Capítulo IV, entre las competencias del Poder Legislativo.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 139

Por su parte la Constitución de Venezuela (1999) reserva el Capítulo IX a los Derechos Ambientales. Así, el art. 127 dice: "*Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro.* ***Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado****. El Estado protegerá el ambiente (…)*".

En el caso de la Constitución de Chile, dentro de los derechos y deberes constitucionales, el artículo 19[26], dice: "*La Constitución asegura a todas las personas: (…) 8º: El* ***derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación****. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*".

También puede observarse que en estas constituciones se ubica al derecho al medio ambiente sano en la concepción derecho - deber apuntado más arriba.

VI. Conclusiones

Como decíamos en la introducción, el derecho al medio ambiente sano no fue reconocido como tal en las declaraciones sobre derechos humanos que conforman la base del sistema internacional de protección de esos derechos, sino que se fue abriendo camino posteriormente, de la mano de avances protagonizados principalmente por los sistemas regionales y por los sistemas jurídicos internos de los respectivos Estados.

La existencia de este derecho, por otra parte, viene siendo aplicada de acuerdo a diversas acepciones, partiendo ya, en forma casi unánime, de la existencia de un derecho - deber, es decir de un derecho humano al que corresponden no sólo conductas estatales sino también de la sociedad en general, habida cuenta la importancia y el alcance del medio ambiente.

Además, se ha interpretado este derecho involucrando a otros derechos, como es el derecho a la salud, al agua, a la alimentación, a la vida digna, y así lo han reconocido tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pero en definitiva también estamos hablando del mantenimiento de la paz a través del desarrollo sostenible.

[26] *Corresponde al Capítulo III. De los derechos y deberes constitucionales.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 140

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 141

PASIVOS AMBIENTALES (PA) EN EL CONTEXTO DEL DERECHO HUMANO AL AMBIENTE SANO

La exigencia remediación de los PA: Participación Ciudadana y Contextos de Desigualdad Socio-Ambiental[*]

ENVIRONMENTAL PASSIVES (EP) IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHT TO THE HEALTHY ENVIRONMENT

The requirement of EL remediation: citizen participation and socio-environmental inequality contexts

GEORGINA DORONI[**]

[*] *Trabajo presentado el 4 de julio de 2019 y aprobado para su publicación el 2 de agosto del mismo año.*

[**] *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.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 142

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 143

Resumen: El presente trabajo se propone: a) determinar la relación entre el medio ambiente y los derechos humanos, para luego b) enmarcar la problemática de los pasivos ambientales bajo la perspectiva del derecho humano al ambiente sano y a su reparación; c) analizar la exigencia de remediación de estos sitios que contienen pasivos ambientales y qué lugar debería tener la participación ciudadana en esa etapa de remediación y d) evidenciar la relación entre los pasivos ambientales y contextos de desigualdad socio-ambiental.

Palabras-claves: Pasivos ambientales – Remediación - Derecho humano al ambiente sano - Participación ciudadana - Contextos de desigualdad socio-ambiental.

Abstract: This work proposes: a) to determine the relationship between the environment and human rights; b) to frame the problem of environmental passives from the perspective of the human right to a healthy environment and its repair; c) to analyse the remediation requirement of sites that contain environmental passives and what place should citizen participation have in that remediation; d) to demonstrate the relationship between environmental passives and socio-environmental inequality contexts.

Keywords: Environmental passives - Remediation - Human right to a healthy environment - Citizen participation - Contexts of socio-environmental inequality.

Sumario: I. Introducción al planteamiento de análisis. II. Interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente. III. Pasivos ambientales y el derecho humano al ambiente sano y a su reparación. IV. Remediación y participación ciudadana. V. Pasivos ambientales: remediación en contextos de vulnerabilidad social-ambiental. V.1. El largo camino hacia la remediación y saneamiento de la Cuenca Matanza de Riachuelo. VI. Consideraciones finales.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 144

I. Introducción al planteamiento de análisis

Al establecerse la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, los instrumentos de derechos humanos y ambientales contribuyen de manera significativa a garantizar el disfrute de los derechos humanos y un medio ambiente saludable.[1] Sin embargo, en la actualidad se observa una gran distancia entre las proclamaciones y consagraciones jurídicas-normativas y el plano de la eficacia y efectividad de los derechos consagrados[2]; por lo que si bien contamos con una "faz estructural" de amplio reconocimiento legislativo de los derechos[3], no logramos avanzar en la implementación.

Luoise Arbour[4] señaló hace más de una década: "*(…) Específicamente nos referimos al derecho humano al ambiente sano: ¿cómo reducir el considerable abismo que sigue existiendo entre el discurso y las normas de derechos humanos y la injusta realidad que viven millones de seres humanos?", "¿es acaso el derecho humano al ambiente sano el derecho de unos pocos? Sin adelantarnos al meollo del análisis una primera respuesta intuitiva es que de poco sirve consagrar un derecho al ambiente sano si paralelamente no contamos con los mecanismos preventivos y correctivos para la internalización de los costos socio-ambientales que genera una determinada actividad, proyecto*". Por su parte, Ricardo Lorenzetti[5] destacó que *"(e)xiste una distancia entre lo que las normas declaran y el efecto que producen*".

[1] Naciones Unidas: Asamblea General: Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/19/34, 16 de diciembre de 2011, párr. 24.

[2] Uno de los factores que tal vez contribuyen a que no se progrese tanto como es deseable en la promoción de los derechos del hombre es la creencia de que ella está asegurada cuando se alcanza un reconocimiento jurídico de los derechos en cuestión. NINO, Carlos S. Ética y derechos humanos, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 3.

[3] Los indicadores estructurales buscan sopesar las medidas de las que dispone el Estado para implementar los derechos del Protocolo. Ver Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012), "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales", p. 17.

[4] ARBOUR, Louise. Plan de acción presentado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/59/2005/Add.3, 2006-2007.

[5] LORENZETTI, Ricardo L. "La protección jurídica del ambiente", en La Ley 1997-E, 1463 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 01/01/2007, 1497.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 145

Los derechos humanos están interrelacionados: el ambiente desempeña una función esencial en la protección y la promoción de los derechos humanos y, a su vez, el lenguaje de los derechos humanos es el campo propicio y fértil para expresar los reclamos medioambientales (vg. calidad de vida, salubridad, igualdad socio-ambiental, ambiente sano). Sin embargo, el propio término "derecho humano" es reduccionista, dado que desconoce la dimensión colectiva que abarca la propia configuración del derecho al medio ambiente y la función ecológica-ambiental propiamente dicha (valores intrínsecos del medio ambiente).

En virtud de esa relación y particularmente en los casos de contaminación ambiental, enfocándonos principalmente en la existencia de pasivos ambientales (sitios contaminados) es que surge el interrogante de analizar si contar con el derecho humano a un ambiente sano implica reconocer -así no sea más que implícitamente- un derecho humano a la reparación del medio ambiente a los fines de mantener ese estándar de ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible[6].

La reparación comprende, por un lado, el componente social que subyace en el fondo del análisis: la desigualdad socio-ambiental que sufren ciertos sectores soportando la existencia de sitios contaminados; y por otro, el componente ambiental (ecológico). En este último, la idea de un "derecho humano al ambiente sano" no deja de ser reduccionista a un único modelo de desarrollo y epistemología que solo reconoce el derecho al ambiente sano en función de las necesidades y parámetros de los seres humanos[7].

Por un lado, se reconoce -en un plano jurídico-formal- un derecho humano al ambiente sano, pero por otro lado se admite una desigual distribución de las cargas y costos ambientales -pasivos ambientales-. La existencia de pasivos ambientales suele coincidir con sitios en los que se evidencia una desigualdad social-ambiental. Y por otro, estos sitios requieren ser remediados.

En función de lo expuesto, el presente trabajo se propone: a) determinar la relación entre el medio ambiente y los derechos humanos; b)

[6] Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia.

[7] Reflejado explícitamente en el principio 1 de la Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: "*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*".

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 146

enmarcar la problemática de los pasivos ambientales bajo la perspectiva del derecho humano al ambiente sano y a su reparación; c) analizar la exigencia de remediación de los sitios que contienen pasivos ambientales y qué lugar debería tener la participación ciudadana en esa etapa de remediación; y d) evidenciar la relación entre los pasivos ambientales y contextos de desigualdad socio-ambiental.

II. Interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente

Partiendo de la consideración de que los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí[8], se categoriza al derecho al medio ambiente sano como un derecho humano básico y esencial, en tanto su ejercicio apareja a su vez el goce y disfrute de los restantes derechos de los individuos. "Existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos".[9] [10]

Los derechos humanos se basan en el respeto de atributos humanos fundamentales como la dignidad, la igualdad y la libertad. La realización de esos atributos depende de un medio ambiente que les permita florecer. Al mismo tiempo, la protección eficaz del medio ambiente depende con frecuencia del ejercicio de derechos humanos que son vitales para la formulación de políticas informadas, transparentes y adecuadas. Los dere-

[8] Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/RES/34/20, 6 de abril de 2017.

[9] Corte IDH: Caso Kawas Fernández vs. Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr.148: *El derecho a un ambiente sano es una "condición" para el goce de otros derechos: varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondición necesaria para su ejercicio, una calidad ambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales.* En idéntico sentido CIDH, Informe Nº 125/12, Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, 30 de noviembre de 2012, párr. 233.

[10] Afirmado también por las Naciones Unidas, al adoptar la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible la Asamblea General reconoció que el alcance de los derechos humanos de todas las personas depende de la consecución de las tres dimensiones del desarrollo sostenible: la económica, social y ambiental. Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 70/1, titulada "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", 25 de septiembre de 2015, Doc. ONU A/RES/70/1, preámbulo y párrs. 3, 8, 9, 10, 33, 35 y 67.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 147

chos humanos y la protección del medio ambiente son inherentemente interdependientes[11]. Los derechos humanos son el lenguaje de las necesidades humanas básicas, de acuerdo con la noción de dignidad e igualdad de la persona humana[12].

Un aspecto establecido de manera firme en la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente es que la degradación del medio ambiente puede afectar y afecta negativamente al disfrute de muy diversos derechos humanos (A/HRC/22/43, párr. 34). Como ha declarado el propio Consejo de Derechos Humanos, los daños ambientales pueden tener consecuencias negativas, tanto directas como indirectas, en el disfrute efectivo de los derechos humanos (resolución 16/11)[13]. En este sentido, la relación entre derechos humanos y medio ambiente se convierte en un círculo virtuoso[14].

Más allá de la interdependencia teórica o retórica esta relación se torna virtuosa cuando los reclamos medioambientales encuentran asidero en el plano de los derechos humanos, cuando los derechos se materializan en el ejercicio de acciones, reclamos que se promueven en defensa del medio ambiente, acciones de prevención y remediación de daño ambientales. En el caso concreto se analizará el derecho de participación enfocado en la remediación de un sitio que contiene pasivos ambientales.

El reconocimiento de la estrecha relación que existe entre los derechos humanos y el medio ambiente ha adoptado principalmente dos formas: a) la adopción de un nuevo derecho explícito al medio ambiente, caracterizado como saludable, sin riesgos, satisfactorio, sostenible; y b) una mayor atención a los vínculos con el medio ambiente de derechos

[11] Naciones Unidas: Asamblea General: Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, A/HRC/22/43, 24 de diciembre de 2012, párr.10-11.

[12] Naciones Unidas, Derechos humanos (2012) Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación. HR/PUB/12/5, p. 23

[13] Naciones Unidas, Asamblea General. Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox. A/HRC/25/53, 30 de diciembre de 2013, párr. 17.

[14] Ver "Derechos Humanos y Medio Ambiente. Avances y desafíos para el desarrollo sostenible". Coordinadora: Victoria Laporte, Centro de Formación de la Cooperación Española de Montevideo, Uruguay, 27 de junio de 2016, pp. 10 y 11.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 148

ya reconocidos, como los derechos a la vida y a la salud[15]. Incluso, las situaciones de contaminación ambiental y la existencia de PA se tornan incompatibles con el derecho a ser respetado como ser humano (dignidad humana)[16]. Ambiente que se revela como medio y entorno vital no sustituible, como base física que materializa la posibilidad de otros derechos humanos y frecuentemente no reparable en su integridad en caso de daño, refuerza la inevitable interconexión entre el ambiente y los derechos humanos[17] (Pezzano, Doroni, 2017).

Con lo cual, esta consagración del derecho a un ambiente sano no es más que el reconocimiento de un derecho preexistente, es una condición previa para el disfrute de los derechos humanos, es un prius, base y prerrequisito para la realización de los otros derechos humanos[18]: "El medio ambiente adecuado precede lógicamente al propio derecho: sin medio ambiente adecuado no hay vida humana, ni sociedad, ni Derecho"[19].

Los derechos humanos se basan en el respeto de atributos humanos fundamentales, inherentes y naturales a la condición de persona humana -vida, salud, calidad de vida digna- y su realización y posibilidad de real concreción depende indefectiblemente de la existencia de un medio ambiente saludable que permita el desarrollo de esos atributos, sin lo cual serían de difícil e imposible realización y disfrute[20].

---

[15] Naciones Unidas: Asamblea General: Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, A/HRC/22/43, 24 de diciembre de 2012, párr.10-11.

[16] Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, OEA/Serie L/V/II.96, doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, párr. 92.

[17] DORONI GEORGINA - PEZZANO LUCIANO. "Hacia la posible configuración de un orden público ambiental internacional", en *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, num.7 (2017).

[18] Sticca, María Alejandra. "Algunas reflexiones acerca del derecho al medio ambiente sano como derecho humano", en *El Derecho Internacional Público como norma de conducta de los Estados,* Rey Caro, Ernesto J. (Coord.), Edit. Gráfica Trejo, Córdoba, 2013, p. 338.

[19] Loperena Rota, D. *Los principios del Derecho Ambiental*, Edit. Civitas, Madrid, 1998, p. 52 y ss.

[20] Cfr. Naciones Unidas: Asamblea General: Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/19/34, 16 de diciembre de 2011, párrs.6, 7, 8.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 149

Conforme lo desarrollado, se formulan las siguientes apreciaciones:

a) Pareciera ser que el medio ambiente se considera como bien jurídico de protección, prevención, recomposición y/o remediación, pero solo sí se afecta de manera (directa o indirecta) otros derechos humanos, en tanto el disfrute de otros derechos humanos se vean afectados por una degradación de las condiciones medioambientales.

La propia redacción del art. 41 de la CN en su parte pertinente dice: "*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano (…)". Correlativamente Gudynas manifiesta que: "(…) casi todas estas manifestaciones regresan y se basan en las valoraciones y utilidades humanas. Un aspecto clave en estas posturas es su visión dualista, donde el ser humano se separa y es distinto de la naturaleza, y en tanto es medida, origen y destino de todos los valores, se apropia de los recursos naturales al entenderlos únicamente como medios para nutrir los procesos productivos contemporáneos. En síntesis, la localización epistémica de la valoración siempre es humana*"[21].

"El mundo que surge como resultado de esta razón pragmática es aquel en donde todo sirve para algo, y tiene que ser útil para ser reconocido como real (…) Es esta racionalidad instrumental la que pone de manifiesto el proceso de alienación social y socio-ecológico de la sociedad moderna"[22].

b) Es esta "racionalidad instrumental la que pone de manifiesto el proceso de alienación social y socio-ecológico de la sociedad moderna"[23] lo que invita a replantearnos que la adopción de un nuevo derecho explícito al medio ambiente nos permite analizar la convergencia del medio ambiente y los derechos humanos desde las siguientes perspectivas: i) por un lado, se traduce en la expresión clásica e individualista del derecho a un ambiente sano como derecho humano natural e individual, ínsito a la condición de ser humano y vinculada con el disfrute de otros derechos

[21] GUDYNAS, Eduardo. "La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica", Tabula Rasa, No.13, julio-diciembre 2010, Bogotá - Colombia, ISSN 1794-2489, p. 49.

[22] GALAFASSI, GUIDO P. (2004). "Razón instrumental, dominación de la naturaleza y modernidad: la Teoría Crítica de Max Horkheimer y Theodor Adorno", *Revista Theomai*, nº9, primer semestre, p. 101 (en línea http://revistatheomai.u nq.edu.ar/n umero9/artg alafassi%2 8frankf %29 9.htm((consulta: 5 de julio de 2019).

[23] Ibídem, p. 101.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 150

humanos (protección vía indirecta); ii) por otro lado, implica un derecho de dimensión social (emplazamiento social del derecho) y colectiva (la defensa de los derechos humanos responde a un interés público y en este caso con vocación colectiva)[24], iii) y bajo esta misma lógica debiera traducirse y emplazarse el derecho en una dimensión ecológica, reconociendo la existencia del derecho a la reparación del medio ambiente per se. Esto último implica reconocer nuevas dimensiones de valor y admitir el derecho a la regeneración de su biocapacidad y continuación de sus ciclos y procesos vitales libres de alteraciones humanas; el derecho a estar libre de contaminación, polución y desechos tóxicos o radioactivos; el derecho a no ser alterado genéticamente y modificado en su estructura, amenazando su integridad o funcionamiento vital y saludable; el derecho a una restauración plena y pronta[25]. "*(…) El derecho humano a la vida carece de sentido si los ecosistemas que nos mantienen carecen del derecho a existir y preservas sus procesos ecológicos esenciales (…)*"[26].

Encontramos arraigo de estas perspectivas y dimensiones en la normativa nacional. El art. 41 de la CN consagra el derecho al ambiente sano como derecho humano fundamental, pero asimismo reconoce la vocación social y colectiva del mismo al incorporar el elemento generacional (presentes y futuras generaciones)[27], en el reconocimiento de valores intrínsecos y servicios y bienes ambientales que se deben proteger, conservar y mantener[28]; en la propia configuración y concepción del daño

[24] Cfr. MORALES LAMBERTI, Alicia. "Los derechos humanos en el Código Civil y Comercial, como fuentes de integración hermenéutica y reconocimiento axiológico en la aplicación del derecho ambiental", Revista de Derecho Ambiental, N° 43, junio-septiembre 2015, Abeledo Perrot, pp. 139-164.

[25] Proyecto de Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra (2010).

[26] MORALES LAMBERTI, Alicia. "Derecho de la naturaleza y justicia ecológica intergeneracional", Revista Prometeica (2019) N° 18, p. 19.

[27] El enunciado es receptado en otras normas, como la Ley General del Ambiente: Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria (Art. 2 inc. b Ley 25675).

[28] *Ley 25675. Artículo 2. a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos y f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica.*

Ley 26331 Artículo 3. c) "Mejorar y mantener los procesos ecológicos y culturales en los bosques nativos que beneficien a la sociedad"; en el artículo 5 establece que se consideran servicios ambientales a los beneficios tangibles e intangibles, generados por los ecosistemas del bosque nativo, necesarios para el concierto y supervivencia del sistema

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 151

ambiental[29], el cual se encuentra incluso constitucionalizado[30]. En ese sentido, lo que surge es que existe un derecho básico a la reparación de ese daño, considerando que el sistema de responsabilidad específico determina en el artículo 28 de la Ley General del Ambiente (LGA) que "*el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción*".

La Corte IDH ha reconocido la necesidad de tutelar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)[31], no sólo en su dimensión individual sino también en su dimensión colectiva, redireccionando las pautas y estándares mínimos en materia de derechos humanos y el alcance (ampliación) de las reparaciones ante reclamos de tinte colectivo, que son tales porque se ejercen en relación a bienes en sí mismos colectivos. Esto implica un cambio cualitativo al reconocerse la faz colectiva del derecho al medio sano: "*El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros*"[32].

---

natural y biológico en su conjunto, y para mejorar y asegurar la calidad de vida de los habitantes de la Nación beneficiados por los bosques nativos.

[29] Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.

[30] El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer (…) – art. 41 CN, primer párrafo-.

[31] El preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo de San Salvador"), resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales -que incluye el derecho a un medio ambiente sano - y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros. (CorteHID, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia- Medio ambiente y derechos humanos).

[32] CorteIDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párrf.59, de 15 de noviembre de

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 152

III. Pasivos ambientales y el derecho humano al ambiente sano y a su reparación

En ese contexto se analizan los pasivos ambientales como problemática que incide en las perspectivas del derecho al ambiente sano -apuntadas en al anterior parágrafo-. A los fines funcionales y operativos del presente trabajo adoptamos la siguiente definición de pasivos ambientales: un PA refiere a la existencia de una obligación legal de asumir la remediación de impactos ambientales no mitigados o por el riesgo de que un daño ambiental se configure; es producto de actividades desarrolladas en el pasado y/o 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 para el medio ambiente, para la salud, vida de las personas, ante la existencia de un daño ambiental de incidencia colectivo o el riesgo que el mismo se materialice.

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, eliminación de residuos); 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. Es decir, que podemos asimilar un PA a un sitio contaminado como consecuencia de una actividad o conducta, realizada en el presente (actual) o que fue realizada en el pasado (pretérita), pero que, en uno u otro caso, puede afectar el ambiente de manera adversa, lo que conlleva la obligación de incurrir en costos tendientes a la remediación de ese sitio.

De lo expuesto y a los fines de caracterizar un PA, enunciamos los siguientes elementos:

a) Supone una obligación legal de pagar una suma de dinero o incurrir en un gasto (costo) derivado de asumir la remediación de impactos ambientales no mitigados;

2017, solicitada por la República de Colombia- Medio ambiente y derechos humanos. Se extrae que el derecho a un medio ambiente sano, de forma autónoma, es justiciable en casos contenciosos de forma directa ante las instituciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 153

b) Es un sitio que no se encuentra remediado;

c) 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 tiempo (lo que refuerza la idea de la temporalidad, ya sea presente o pasada);

d) Configura un riesgo potencial y permanente susceptible de configurar un daño ambiental colectivo, afectando bienes y servicios ambientales y derechos individuales (patrimoniales o extrapatrimoniales) como daño rebote, indirecto[33];

e) Su existencia implica una "interferencia en el disfrute de un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, que puede tener repercusiones negativas, tanto directas como indirectas, en el disfrute efectivo de todos otros derechos humanos"[34];

e) Esta situación fáctica actual idónea para producir un daño fututo o un riesgo potencial implica un deterioro progresivo en el tiempo; el efecto proyectivo, acumulativo y sinérgico[35] es ínsito a la generación, acumulación y/o abandono sin las correctas medidas de cierre y mitigación de un PA.

---

[33] "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 intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular, que ataca a un derecho subjetivo y legitima 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 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, p. 80.

[34] 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.

[35] Comisión IDH: Informe nº 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.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 154

f) 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; la existencia del PA conlleva actualidad por sus propios efectos.

g) Exigen la necesidad de remediación.

A través de esta caracterización se puede inferir que la existencia de PA implica una afectación constante al derecho al ambiente sano. Por lo que, de nada sirve contar con un derecho humano al ambiente sano sin su correlativo derecho de poder exigir la reparación. 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*"[36].

IV. Remediación y participación ciudadana

El sistema normativo ambiental tiene como principal objetivo la prevención y anticipación de los daños[37]. Ocurrido el daño ambiental colectivo se pretende la cesación del daño y evitación de su agravamiento. Seguidamente, las medidas de reparación y/o restauración tienen por objeto reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente y/o servicios ambientales afectados a una calidad similar a la que tenían con anterioridad o, al menos, restablecer sus propiedades y condiciones básicas, operando la indemnización sustitutiva como la última ratio del sistema.

[36] GEORGE, C.J. "*Justicia intergeneracional: la satisfacción de las necesidades y no de la codicia*", 2012, p. 32-34. (en línea) http://www.socialwatch.org/sites/default/files/JusticiaIntergeneracional2012_esp.pdf (consulta: 5 de julio de 2019).

[37] Receptada esta ampliación de las funciones de la responsabilidad, en el art. 1708 CCyC: Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación". En los fundamentos del CCyC se señala que: *"en los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente (…)*".

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 155

No se trata de una reparación meramente pecuniaria, sino una reparación en especie, que implica restablecer las cosas al estado en que se encontraban antes de la producción del hecho dañoso. Esta primitiva obligación de recomponer el daño ambiental tiene fuente constitucional (art. 41 CN), el mandato imperativo determina que "el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley". Es allí donde entra a jugar la otra cara del derecho humano al ambiente sano y nos preguntamos: ¿debería consagrarse también a la reparación como un derecho humano?

El saneamiento y remediación de los PA implicaría la recuperación de los bienes ambientales afectados y no puede ser restringido en términos meramente patrimoniales o financieros, sino debe ser comprensivo también de la lesión de intereses más generales, de naturaleza eminentemente social-colectiva[38] y ambientales-ecológicas, lo que incorpora o mejor dicho pluraliza las escalas de valoración.

En ese contexto es que se presenta la necesidad y exigencia de la participación social-local en las medidas y planes de resolución y gestión de los pasivos ambientales. Esa participación en las instancias de reparación, remediación o recomposición reafirma, refuerza y enriquece la interconexión del medio ambiente y los derechos humanos. Por un lado, las tareas tienen por objeto el plano ambiental-ecológico, lo que se busca recomponer es el medio ambiente dañado y correlativamente esas medidas apuntan a mejorar y asegurar los niveles de calidad de vida de las personas que habitan en esos sitios, lo que es comprensivo de la perspectiva del derecho al ambiente sano como derecho humano y también de la connotación colectiva y social de ese derecho.

"*La especial naturaleza del derecho a un ambiente sano encuentra su fuente en los derechos de incidencia colectiva (…). Son procesos en que el bien jurídico ambiental comprometido es colectivo, supraindividual, indivisible, impersonal y no fraccionable en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares en el sentido concordemente definido por esta Corte (…). Se trata, pues, únicamente de aquellos casos en que los derechos cuya tutela se persigue corresponden a un bien que pertenece a la esfera social y transindividual*"[39].

[38] Cfr. MORALES LAMBERTI, Alicia. "Remediación de pasivos ambientales de la minería de uranio: Deuda ecológica y social", pp. 50-53 (http://revis tas.bibdigit al.ucc.edu.ar/ ojs/index.p hp/RFD/a rticle/viewFile /735/5 87) [consulta: 5 de julio de 2019].

[39] CSJN: Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ daño ambiental. Sentencia de fecha 29 de agosto de 2006.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 156

Específicamente, en ese contexto de remediación de sitios contaminados se plantea la importancia de exigir niveles de participación social-ciudadana, a los fines de llevar a cabo dichas tareas. Presupone encontrarnos al "final del tubo" de una actividad, proceso o proyecto. Nuestro sistema normativo prevé como normativa de orden público ambiental la exigencia de niveles de participación para la aprobación de un determinado proyecto (materializada como elemento de validez del procedimiento técnico-administrativo de evaluación de impacto ambiental[40]), lo que nos lleva repensar si dicha participación no debería también ser exigida al momento de la reparación.

Es en estas instancias donde se observa la posibilidad real de acceso a los derechos, el derecho al ambiente sano sin su correlativo derecho a la reparación queda trunco. Del mismo modo, de nada sirve garantizar la participación ciudadana al inicio de un proyecto (cuando es una mera proyección) si igual derecho no se reconoce y garantiza al "final del tubo" cuando la actividad cierra, ya sea que se detectan incumplimientos y/o irregularidades a lo previsto en una EIA o que haya que decidir qué medidas adoptar ante la existencia de PA (que reflejan costos socio-ambientales).

Es clave el análisis de las diversas alternativas y que, por medio de los estudios técnicos ambientales- sociales y con la correspondiente participación ciudadana, se evalúen la viabilidad técnica, económica, social, ambiental, legal, cultural de cada una de las posibles variaciones y alternativas, para seleccionar y ejecutar proyectos de remediación de una mejor calidad ambiental y social[41].

En este sentido, haciendo uso de los estándares que se exigen en la realización de las EIA, como procedimiento en el que la participación ciudadana debe jugar un rol clave y central[42], podemos deducir parámetros para moldear esta exigencia de participación ciudadana al momento

[40] En adelante se emplean las siglas EIA (Evaluación de impacto ambiental).
[41] Conforme MORALES LAMBERI, Alicia. "Los derechos humanos en el Código Civil y Comercial, como fuentes de integración hermenéutica y reconocimiento axiológico en la aplicación del derecho ambiental", Revista de Derecho Ambiental, N° 43, Abeledo Perrot, junio-septiembre 2015.
[42] Art. 21 (LGA): "La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados".

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 157

de la reparación y/o remediación. El sustento normativo lo encontramos en la LGA en su art. 19: "*Toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general*".

El derecho de participación conforme la redacción parecería estar limitada a procedimientos administrativos, sin embargo, una reparación y/o remediación puede que haya sido exigida por una autoridad judicial, administrativa o incluso asumida de modo voluntario por parte de las empresas, por lo que la instancia de participación ciudadana debería estar presente en esos procedimientos en el que se adoptan las medidas de reparación y/o remediación.

Haciendo extensivas las pautas que nos brinda la CorteIDH para comprender acabadamente la riqueza de un genuino procedimiento de evaluación de impacto ambiental y social[43] podemos determinar: a) En la etapa de remediación lo que se pretende es la posibilidad de evaluar los resultados de las tareas llevadas a cabo, cuáles son los impactos o los posible riesgos que se derivan de esa acumulación de PA; el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y si las tareas logran el cometido de remediación propuesto; b) asegurar que la sociedad tenga conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, que se derivan del daño ambiental colectivo o del riesgo que encierra ese pasivo sin remediar; c) poder saber si los planes de gestión de esos pasivos se han llevado a cabo y si el pasivo es debidamente remediado; d) garantizar la efectiva participación a los fines de que puedan expresar sus opiniones y lo que se pretende de la remediación, a los fines de que puedan analizar las alternativas posibles en el proceso de remediación, optándose por aquellas de mayor calidad social y ambiental, como así también tener acceso y participar en el proceso de verificación de la remediación.

A través de esta participación en la planificación y gestión de las remediaciones y/o reparaciones se pretende analizar y buscar posibles alternativas a través de un estudio técnico, objetivo, imparcial que además tiene (y debe tener) un claro y marcado componente y alcance social, tendiente a identificar y conocer qué derechos corresponden a las comu-

[43] Conforme la CorteIDH, sentencia de interpretación del 12 de agosto de 2008, en el Caso "Pueblo Saramaka vs. Surinam", párrafos 40 y 41.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 158

nidades locales, directa o indirectamente afectadas por el proyecto u obra[44]. Extendiéndose más allá de una mirada objetiva y técnica de los efectos de la remediación y del impacto que se busca revertir, se pretende identificar cuáles son los impactos directos e indirectos en el ambiente, la salud y formas y condiciones de vida de los grupos sociales potencialmente afectados en caso de que el PA persista en el tiempo y espacio.

La incorporación de la ciudadanía viene asumiendo un rol importante en la dimensión ambiental del desarrollo, teniendo en miras institucionalizar los mecanismos y canales que tornen posible la participación ciudadana al momento de tratar los asuntos ambientales (artículo 20 de la LGA)[45]. Con más razón, cuando se evidencia un daño ambiental colectivo o el riesgo de que el mismo se genere y/o agrave es cuando la sociedad tendría que ser consultada a los fines de garantizar el derecho a opinar de los grupos sociales potencialmente afectados, lo que debería ser un requisito e instancia obligatoria consustancial a la legalidad y razonabilidad de las decisiones que determinen la remediación de un pasivo ambiental.

Esto se debe a que en la ejecución de los proyectos se relega a las comunidades afectadas, las cuales son desplazadas por "intereses superiores", no habiendo una justa y equitativa distribución de los costes y beneficios en el desarrollo de planes y proyectos, convirtiéndose en grupos no solo afectados sino también vulnerables, por la sola condición de vivir en el radio de afección de los planes de inversión y desarrollo. Dicha situación se agrava cuando el medio ambiente no es debidamente conservado y remedido, siendo que los costos y riesgos son externalizados, afectándose al ambiente per se e indirectamente los derechos de las comunidades que habitan en esa zona de afectación.

El desafío que encierran los PA es la determinación de cuál sería y a quién beneficiaría la "plusvalía" de la remediación o mitigación, "qué relevancia ambiental y social conllevaría"[46] y cómo se lograría determinar la "*identificación de los umbrales de aceptación social y ambiental en la*

[44] Conforme MORALES LAMBERTI, Alicia. Ob. Cit. Cabe aclarar que en el artículo citado se refiere a la evaluación de impacto ambiental.

[45] Art. 20: *Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente.*

[46] Cfr. MORALES LAMBERTI, Alicia. "Remediación de pasivos ambientales de la minería de uranio: Deuda ecológica y social", Ob. Cit., p. 53.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 159

resolución del problema; hasta qué punto se requiere y acepta remediar, o si se espera devolver un recurso o sitio deteriorado a un estadio o grado igual o superior de calidad, según la percepción socio-cultural de las distintas comunidades afectadas"[47].

De ese modo, se permite un control por parte de los grupos y comunidades afectadas por la situación de contaminación socio-ambiental, a través de la participación, control, rendición de cuentas (sistema de freno y contrapesos) y mecanismos de soluciones dialógicas que constaten el cumplimiento de las medidas de mitigación, remediación ante los impactos y riesgos identificados.

La remediación de un PA tiene efectos en el presente y persigue una finalidad generacional. Por un lado, se busca remediar sitios cuya contaminación que encierra una cuestión de temporalidad[48]: es un impacto no mitigado en el presente, pero también encierra la característica de residual y con historicidad, en el sentido que la generalidad de los casos deviene de la acumulación de efectos perjudiciales (negativos y contaminantes) que se van arrastrando durante años; es lo que "va quedando" de las actividades productivas[49]. Por otro lado, el objeto de la remediación

[47] Ibídem.

[48] En ese sentido, la Corte Internacional de Justicia, en sentencia no. 150 del 2 de febrero de 2018, "Ciertas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica v. Nicaragua) compensación de la República de Nicaragua a la República de Costa Rica", ha dicho que como muestran los casos de daños ambientales, el conjunto indisoluble formado por la violación y la reparación tienen una dimensión temporal, que no puede pasarse por alto. En mi percepción, llama a mirar al pasado, al presente y al futuro en conjunto. La búsqueda de restitutio in integrum, por ejemplo, llama a mirar el presente y al pasado, tanto como llama a mirar el presente y el futuro. En cuanto al pasado y al presente, si la violación no ha sido complementada por la correspondiente reparación, existe entonces una situación continua en violación del derecho internacional. En cuanto al presente y al futuro, la reparación está destinada a poner fin a todos los efectos del daño ambiental, acumulativo en el tiempo. Puede ocurrir que el daño sea irreparable. En cualquier caso, la responsabilidad del daño ambiental y la reparación no pueden, en mi opinión, hacer abstracción de la dimensión intertemporal (cf. infra). Después de todo, el daño ambiental tiene una dimensión de larga data.

[49] *La existencia* de sitios con contaminación histórica-crónica, con acumulación de residuos y la inexistencia de prácticas adecuadas para una gestión ambiental en actividades caracterizadas como riesgosas y/o peligrosas devino en la acumulación de sitios abandonados sin ninguna medida de mitigación y remediación, generando pasivos ambientales. Ver VIDAL DE LAMAS, Ana María y WALSH, Juan Rodrigo. "Gestión de pasivos ambientales: mecanismos y herramientas institucionales para su prevención y manejo", *LA LEY*2003-B, 1279.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 160

se orienta para sanear y frenar los potenciales riesgos de PA, con una proyección hacia el futuro, que de lo contrario seguirían siendo legados de contaminación que se traspasarían a futuras generaciones, De allí que toda medida que se adopte debe tener indefectiblemente en cuenta esta visión sincrónica de temporalidad intergeneracional que encierra el PA.

Lo que se pretende es la corrección de la situación actual (remediación de los PA), evitando que la situación se agrave a través de la acumulación y generación de nuevos PA. Llevan ínsitamente una vocación transformadora, de forma tal que las medidas que se adopten tengan un efecto no sólo restitutivo (remediar el PA) sino también correctivo hacia el futuro.

Estos sitios contaminados en un estado de deterioro y degradación, sin la debida mitigación y/o remediación constituyen un riesgo potencial y permanente, que encierra la posibilidad de que un daño ambiental se materialice.

Su configuración exige siempre como obligación ambiental y social su saneamiento, lo que implicará la obligación de incurrir en un gasto (sea de prevención, gestión, remediación del sitio contaminado). Eso sería efectivizar el mandato constitucional de gozar de un ambiente sano (y su correlativa prohibición de contaminación), como así también atender de manera prioritaria aquellas situaciones que impliquen un riesgo ambiental y evitar el agravamiento de los PA (nueva acumulación) y nueva generación de PA cese, paralización y evitación de los posibles efectos negativos que pueden sobrevenir-[50].

En propias palabras de la CorteIDH, las garantías de no repetición adquieren una mayor relevancia como medida de reparación, a fin de que hechos similares no se vuelvan a repetir y adopten las medidas (normativas, financieras, fiscalización, poder de policía) para avanzar en el tratamiento, en este caso de los pasivos ambientales, que tendería a una concreción del mandato constitucional de gozar de un ambiente sano (y su correlativa prohibición de contaminación) como así también atender de manera prioritaria aquellas situaciones que impliquen un riesgo ambiental.

[50] Ciclo que se observa en el art. 1710 del CCyC: deber de prevención del daño. 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; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 161

De esto se sigue, que la garantía de no repetición indica un expreso mandato positivo al Estado de implementar institucionalmente medidas (normativas, financieras, fiscalización, poder de policía) para avanzar en el tratamiento de los pasivos ambientales. Lo cual tendería a la implementación de una política de gestión de PA que contribuya un manejo y gestión del riesgo asociado a los PA, para prevenir desde el inicio de una actividad la generación y acumulación de nuevos PA y a su vez, generar una visión correctiva de aquellos que se han generado y no han sido remediados oportunamente.

La gestión de los PA implica remediar, sanear, efectuar una correcta disposición final para alcanzar niveles tolerables en la capacidad de autoregeneración del ambiente afectado. Sin embargo, aun si ello fuere posible, no podremos afirmar que se logró una recomposición integral[51]. Esto implica conocer y fijar el valor o utilidad social y ambiental -para las generaciones actuales y futuras- del conjunto de los recursos y flujo de servicios ambientales-.

Estas medidas se asocian en la limpieza de los sitios contaminados, reducción de los niveles de contaminación, disposición segura de los residuos, la utilización de dichos sitios para la creación de espacios públicos, como parques, plazas, hospitales, centros educacionales. Tal es el caso de lo realizado en la Provincia de Jujuy, donde se generaron espacios para usos asociados al bienestar de la comunidad y al desarrollo de prácticas culturales. Es en ese sentido a lo que se refiera la plusvalía social y ambiental de la remediación.

V. Pasivos ambientales: remediación en contextos de vulnerabilidad social-ambiental

La prolongación (temporo-espacial) de sitios sin la debida remediación, con el nivel de riesgo que conllevan implicaría la consolidación y per-

[51] Que implica tener en cuenta el estado de los recursos naturales y flujos de servicios ambientales desde que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación aproxime al máximo a esos recursos y servicios a su estado original -teniendo en cuenta un nivel cuantitativo y cualitativo-. Entre la remediación y la recomposición habrá una relación de graduación. MORALES LAMBERTI, Alicia. "Gestión y Remediación de Pasivos Ambientales. Políticas y Atribución de Responsabilidad", en *Estudios de Derecho Ambiental,* Instituto de Derecho Ambiental y de la Energía, Volumen 1, Número 1, Año 2008, p. 9.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 162

manencia 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 esos grupos que se enfrentan a una situación de contaminación ambiental. Esto se debe a que los costos de la contaminación vulneran el acceso al derecho a un ambiento sano, derecho que en este caso es restringido a quienes viven en sitios contaminados; a la vez vulnera la propia capacidad de regeneración y autoregulación de los procesos ecológicos.

Las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente incluyen la obligación general de no discriminar en su aplicación[52]. Sin embargo, "los bienes y cargas (impactos y riesgos) ambientales no se distribuyen equitativa y proporcionalmente dentro de una determinada comunidad (desde una percepción de las generaciones presentes y futuras) y han sido invariablemente asumidos por los sectores más vulnerables de la población (…)"[53].

"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"[54], 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 pos 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 ambien-

[52] MORALES LAMBERTI, Alicia. Evaluación de impacto ambiental y social: Estándares sustantivos y de procedimiento en el Sistema Interamericano de derechos humanos, *Cuaderno de Derecho Ambiental,* Vol. VI (2014), pp. 71-110, ee. 102).

[53] Medio ambiente y derechos humanos: justicia ambiental y el caso de Rinconada de Maipú, p. 356 (en línea) https://www.fund acionhenrydu nant.org/images/stories/b iblioteca/M edio_Ambie nte_Cambio _Climatico_ Derechos_Humanos_y_D esarrollo/Me dio_Ambient e_y_Derec hos_Huma nos_Justici a_Ambient al_caso_ Rinconada _Maip u.pdf (consulta: 5 de julio de 2019).

[54] Ibidem, p. 357.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 163

tales permite la adopción de soluciones que no aseguran igual protección ambiental para todos"[55].

"Si se tiene presente que los derechos humanos se centran en los excluidos, los marginados o en quienes están en situación de riesgo, la intersección de los derechos humanos y el ambiente, brinda también nuevas herramientas conceptuales que permiten esbozar una mejor identificación de otros problemas adicionales, como el reclamo de los derechos de las poblaciones a una protección ambiental equitativa contra la «discriminación socio-territorial» y la «desigualdad ambiental»"[56], exigiendo garantías y respuestas más eficaces en los procesos de remediación de PA, los que deberán ponderar esta variable.

"La «discriminación socio-territorial» y la «desigualdad ambiental» suele evidenciarse en los proyectos"[57] de remediación, cuya evaluación requieren "*valorar la preexistencia de situaciones de pobreza, marginación, discriminación social o segregación racial, que coinciden con una mala calidad ambiental o riesgosos (…)"*[58]. *"En este contexto, ha sido particularmente difícil generar espacios de diálogo para la búsqueda de soluciones de consenso que hagan posible, por un lado, la adopción de medidas concretas orientadas a mejorar la gestión ambiental de PA; y por otro, que viabilicen avances en la efectividad de la legislación para lograr una mejor protección de la salud y el ambiente afectados*"[59].

El derecho a la consulta, que tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación[60]. Se propone el ejercicio del derecho de participación social-ciudadana en las decisiones, proyectos y planes que se adopten en torno a la remediación de sitios contaminados, con el aditamento que se evidencia una relación de cau-

[55] Traducido de Antônio Augusto Rossottoio Ris, "O Que é Justiça Ambiental", *Ambiente & Sociedade*, Campinas v. XII, n. 2, p. 389-392 jul.-dez. 2009, p. 390.
[56] MORALES LAMBERTI, Alicia. "Evaluación de impacto ambiental y social: estándares sustantivos y de procedimiento en el Sistema Interamericano de derechos humanos", *Cuaderno de derecho ambiental*, Vol. VI (2014), p. 103.
[57] Ibídem.
[58] Ibídem.
[59] MORALES LAMBERTI, Alicia. "Remediación de pasivos ambientales de la minería de uranio (…), Ob. Cit., p. 20.
[60] Comunidad Mapuche Catalán y Conf. Indígena Neuquina c/ Prov. De Neuquén, T.S.J. Prov. de Neuquén, 25/10/2010.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 164

salidad y condicionalidad entre estos sitios y contextos de desigualdad socio-ambiental.

La primera obligación de "efecto inmediato" derivada de los derechos económicos, sociales y culturales consiste en garantizar que se ejercerán en condiciones de igualdad y sin discriminación (…) e impedir limiten, restrinjan o anulen el ejercicio de un derecho y evitando diferencias de trato arbitrarias. En este caso se trata de diferencias por el hecho de estar próximos a sitios contaminados o lugares donde se emplazan los proyectos o actividades. Eso conlleva a que en nuestras sociedades haya numerosas personas que se encuentran en desventaja para exigir sus derechos, por atravesar circunstancias de vulnerabilidad[61].

Pero requiere también que los Estados reconozcan que existen sectores que se encuentran en desventaja en el ejercicio de los derechos sociales y adopten políticas y acciones positivas para garantizar sus derechos. De esta forma, resulta fundamental constatar los avances de cada Estado en el efectivo cumplimiento y dotación de derechos sociales a todas las personas, en especial las acciones que han implementado para el reconocimiento y extensión de tales derechos a aquellas personas pertenecientes a sectores históricamente discriminados[62].

A modo de ejemplificar y justificar el planteamiento podemos tomar en consideración el caso paradigmático de nuestro país: "la famosa y renombrada Causa Mendoza". Sin pretender realizar un análisis in extenso de la causa (análisis que excede el objeto del trabajo), considero que la causa nos coloca ante una realidad que nos invita a repensar y generar reflexiones sobre las políticas, acciones y programas que deben continuarse ante situaciones similares y conexas que se van planteando cotidianamente. En esta línea de análisis, habiendo transcurrido 10 años en el 2018 de su resolución, al día de la fecha no se ha cumplimentado con los objetivos previstos y determinados por la CSJN.

[61] Conforme Organización de Estados Americanos. Grupo de trabajo para el Análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador. Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador, 2015, pp.28-29.

[62] Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales", OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14, 19 julio 2008, párrs. 48-50, ppp. 21-22.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 165

V. a. El largo camino hacia la remediación y saneamiento de la Cuenca Matanza de Riachuelo

La CSJN (Sentencia del 08/07/2008, en el considerando 17 determinó: "Que por la presente sentencia la Autoridad de Cuenca queda obligada a cumplir el siguiente programa: I) Objetivos: El programa debe perseguir tres objetivos simultáneos consistentes en: 1) La mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) La recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos); 3) La prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción (Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)".

A tales fines nuestro máximo Tribunal consideró que es igualmente relevante *fortalecer la participación ciudadana en el control del cumplimiento del programa descripto* (del voto de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay). Es de destacar la terminología empleada por Camps quien se refiere a control popular[63], terminología que evidencia la necesidad de un control y seguimiento permanente de los objetivos a cumplir, con un plan o programa de ejecución y una amplia participación de los sectores perjudicados.

El objeto del plan integral de la Cuenca es llevar a cabo nuevas acciones destinadas al cumplimiento de los objetivos mediante proyectos que promueven la participación y el acceso a la información pública, el acceso a los servicios en villas y asentamientos, el mejoramiento de las condiciones del hábitat y la institucionalización de procedimientos (como por ejemplo el protocolo de relocalizaciones), el desarrollo de estudios de impacto ambiental y social, entre otros.

En dicho proceso se han realizado audiencias para promover la efectiva participación ciudadana y con el objeto de realizar una consulta sobre el Documento "Identificación de áreas prioritarias para intervenciones en la Cuenca Matanza Riachuelo – análisis de riesgo ambiental", la detección de áreas que presenten -en forma relativa- mayor riesgo, a efectos de orientar la toma de decisiones para la aplicación de planes,

[63] CAMPS, Carlos. "Aspectos destacables de la causa "Mendoza": más pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el trámite de procesos colectivos", SJA 24/12/2008 JA 2008 IV 1167, Lexis Nº 0003/014179 o 0003/014167.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 166

programas y proyectos, tendientes a mejorar la calidad de vida de la población de la Cuenca y, especialmente, de la población más vulnerable[64].

Se pretende una Visión Compartida de Cuenca de largo plazo, validada por todos los actores involucrados en el proceso y en el territorio, planificando, definiendo y realizando los escenarios de recomposición deseables y posibles[65]. La recomposición ambiental demanda una planificación que defina escenarios de remediación, objetivos generales y particulares, líneas de base, metas intermedias y finales, actividades, plazos de ejecución, presupuesto y financiamiento de cada proyecto. Sumado a esto, es necesario un monitoreo con indicadores específicos, acceso a la información pública y un esquema de participación social. Es un proceso de consulta y validación social[66].

"Mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca supone la implementación de políticas públicas inclusivas y progresivas destinadas a crear ambientes propicios para la reducción de asimetrías en el acceso a servicios públicos esenciales de salud, agua potable, cloacas y viviendas dignas, complementados con una mejor calidad en materia de educación para salud, higiene y seguridad. En tal sentido, es preciso priorizar la emergencia en que se encuentran las personas de bajos recursos, quienes padecen en mayor medida la discriminación ambiental, forzados a vivir en condiciones peligrosas, a desplazarse o sufrir el impacto directo de la degradación del ambiente sobre su salud física o psicológica, y con menores posibilidades de hacer valer sus derechos"[67].

En los extractos anteriores encontramos la justificación de la necesidad del derecho de participación social en los procesos de remediación y/o recomposición del medio ambiente dañado. La población que reside en el ámbito de la Cuenca se encuentra expuesta a diversas condiciones ambientales perjudiciales, ante sitios altamente contaminados. La importancia del control y licencia social en esta final de remediación implica dar paso a una compresión sistémica de las variables de vulneración a la que se encuentran estos grupos y sectores, lo que debería contribuir

[64] ACUMAR, Informe Final sobre Consulta ciudadana sobre el documento "Identificación de áreas prioritarias para intervenciones en la Cuenca Matanza Riachuelo - Análisis de riesgo ambiental", septiembre 2018, p. 8.
[65] Ibídem, p. 7.
[66] Ibídem, p. 32.
[67] ACUMAR, "Plan Integral de Saneamiento Ambiental, Actualización PISA 2016. Hacia una Visión Compartida de la Cuenca", p. 31

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 167

a un mejor diseño e implementación de políticas dirigidas a evitar o reducir los daños que pueden padecer y padecen los sistemas humanos (sociales) y ecológicos producto de sitios no remediados.

"Quienes más sufren los efectos de la contaminación y tienen menos acceso a los recursos naturales vitales son las poblaciones más vulnerables, (…) en una situación absolutamente asimétrica de desigualdad respecto al resto de la población". Desigualdad existente, que se percibe tanto en términos del mayor impacto de la contaminación que sufren las poblaciones más vulnerables y el menor acceso que experimentan a los recursos vitales.

Usualmente, las personas que habitan o suelen asentarse en los territorios con mayor riego ambiental (periferias urbanas, laderas de ríos altamente contaminados, zonas anegables, cercanía a depósitos de residuos) son personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, pobreza o con escasas oportunidades. En Latinoamérica, la realidad no deja lugar a dudas de que aquellos ámbitos y cuencas más contaminadas presentan poblaciones segregadas, marginales y asumen una complejidad que vincula directamente a los grupos sociales más vulnerables con las realidades de contaminación en un formato de discriminación económica, social y ambiental"[68]. La cuenca Matanza de Riachuelo es un caso palmario y confirma lo antedicho.

VI. Consideraciones finales

A partir de la interacción entre los derechos humanos y el medio ambiente se determinaron las siguientes perspectivas de análisis del derecho humano al ambiente sano: a) por un lado, se traduce en la expresión clásica e individualista del derecho a un ambiente sano como derecho humano natural e individual, ínsito a la condición de ser humano y vinculada con el disfrute de otros derechos humanos (protección vía indirecta); b) por otro lado, implica un derecho de dimensión social (emplazamiento social del derecho) y colectiva (la defensa de los derechos humanos responde a un interés público y en este caso con vocación co-

[68] DI PAOLA, Marría Eugenia. "Inclusión, sociedad y sustentabilidad: ¿Cuánto tiempo más llevará?", *Derecho Ambiental. Dimensión social* (Dir. Cafferatta Néstor A), Rubinzal- Culzoni, 2015, p. 215-216.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 168

lectiva)[69], c) y bajo esta misma lógica debiera traducirse y emplazarse el derecho en una dimensión ecológica, reconociendo la existencia del derecho a la reparación del medio ambiente *per se*.

Estas perspectivas nos interpelan a replantearnos actuales debates jurídicos, sociales, políticos, ambientales, culturales en torno a la relación e interdependencia entre los derechos humanos y el medio ambiente, a superar visiones encorsetadas y desarrollar un giro lingüístico: derecho humano al ambienta sano, ¿y el derecho del medio ambiente a permanecer sano? Es reconocer la función social, ambiental y ecológica de los derechos.

En virtud de esa relación y particularmente en los casos de contaminación ambiental, enfocándonos principalmente en la existencia de pasivos ambientales (sitios contaminados) es que surge el interrogante de analizar si contar con el derecho humano a un ambiente sano implica reconocer, así más no sea implícitamente, un derecho humano a la reparación o remediación del medio ambiente a los fines de mantener ese estándar de ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.

Reparación que comprende por un lado, el componente social que subyace en el fondo del análisis: la desigualdad socio-ambiental que sufren ciertos sectores soportando la existencia de sitios contaminados; y por otro, el componente ambiental (ecológico). De esta manera, ante la existencia de pasivos ambientales el derecho humano al ambiente sano parecería ser el derecho de unos pocos.

En este marco, se torna propicio y necesario la implementación de una política de gestión y remediación de los pasivos ambientales, a través de prácticas ambientales que sean más equitativas, eficaces y respetuosas de las preocupaciones de quienes se han visto más próximos y tenido que soportar daños ambientales.

Ante la existencia de PA se observa que determinados grupos sociales deben soportar las cargas de la contaminación y correlativamente ver disminuidas sus condiciones de vida, lo que en definitiva se traduce en la existencia de sitios con niveles de contaminación, que ponen en riesgo al medio ambiente per se y correlativamente las condiciones de habita-

[69] Cfr. MORALES LAMBERTI, Alicia. "Los derechos humanos en el Código Civil y Comercial, como fuentes de integración hermenéutica y reconocimiento axiológico en la aplicación del derecho ambiental", *Revista de Derecho Ambiental,* N° 43, Abeledo Perrot, junio-septiembre 2015, pp. 139-164.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 169

bilidad y de calidad de vida de quienes viven en esas áreas. Lo cual nos arrojó a la necesidad de que el derecho de consulta y participación (tal como se observa en los procedimientos de EIA) son iguales de necesarios en los mecanismos de adopción de medidas de remediación: escuchar a quienes son los afectados y beneficiados con dichas medidas.

La desigualdad socio-ambiental existente se percibe tanto en término del mayor impacto de la contaminación que sufren las poblaciones más vulnerables y el menor acceso que experimentan a los recursos vitales. Por otro lado, las dificultades y las oportunidades que viven estos grupos para acceder a la toma de decisión en materia de planificación y desarrollo y la necesidad de una consideración integral de sus derechos.

A modo de cierre: "En definitiva, ¿dónde empiezan los derechos humanos universales? Pues en pequeños lugares, cerca de nosotros; en lugares tan próximos y tan pequeños que no aparecen en los mapas. Pero esos son los lugares que conforman el mundo del individuo: el barrio en que vive; la escuela o la universidad en que estudia; la fábrica; el campo o la oficina en que trabaja. Esos son los lugares en los que cada hombre, mujer y niño busca ser igual ante la ley, en las oportunidades, en la dignidad sin discriminación. Si esos derechos no significan nada en esos lugares tampoco significan nada en ninguna otra parte. Sin una acción decidida de los ciudadanos para defender esos derechos a su alrededor, no se harán progresos en el resto del mundo"[70].

Referencias bibliográficas

ACUMAR, "Plan Integral de Saneamiento Ambiental, Actualización PISA 2016. Hacia una Visión Compartida de la Cuenca".

ACUMAR, Informe Final sobre Consulta ciudadana sobre el documento "Identificación de áreas prioritarias para intervenciones en la Cuenca Matanza Riachuelo - Análisis de riesgo ambiental", septiembre 2018.

[70] Presidenta del comité creado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para redactar la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la presentación de "IN YOUR HANDS: A Guide for Community Action for the Tenth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights", Naciones Unidas, Nueva York, 27 de marzo de 1958.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 170

ARBOUR, Louise. Plan de acción presentado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/59/2005/Add.3, 2006-2007.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 70/1, titulada "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", 25 de septiembre de 2015, Doc. ONU A/RES/70/

CAFFERATTA, Néstor A. "Ley 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.

CAMPS, Carlos. "Aspectos destacables de la causa "Mendoza": más pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el trámite de procesos colectivos", SJA 24/12/2008 - JA 2008-IV-1167, Lexis Nº 0003/014179 o 0003/014167.

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para redactar la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la presentación de "IN YOUR HANDS: A Guide for Community Action for the Tenth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights", Naciones Unidas, Nueva York, 27 de marzo de 1958.

Comisión IDH: Informe nº 69/04, petición 504/03. Admisibilidad comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros (Perú), 15 de octubre de 2004.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, OEA/Serie L/V/II.96, doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr.59, de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia- Medio ambiente y derechos humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kawas Fernández vs. Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia.

Corte IDH, sentencia de interpretación de 12 de agosto de 2008, en el Caso "Pueblo Saramaka vs. Surinam".

Corte Internacional de Justicia, sentencia no. 150 del 2 de febrero de 2018, "Ciertas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica v. Nicaragua) compensación de la República de Nicaragua a la República de Costa Rica".

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 171

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ daño ambiental", sentencia de fecha 29 de agosto de 2006.

DI PAOLA, María Eugenia, "Inclusión, sociedad y sustentabilidad: ¿Cuánto tiempo más llevará? En Derecho Ambiental. Dimensión social (Dir.Caferatta Néstor A),Rubinzal- Culzoni, 2015, págs.213-230.

DORONI, Georgina; PEZZANO, Luciano. "Hacia la posible configuración de un orden público ambiental internacional", *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, num.7 (2017).

FUNDACIÓN HENRY DUNANT. "Medio ambiente y derechos humanos: justicia ambiental y el caso de Rinconada de Maipú", p. 356. [en línea] https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/bibliote ca/Medio_Ambiente_Cambio_Climatico_Derechos_Humanos_y_Desarrollo/ Medio_Ambiente_y_Derechos_Humanos_Justicia_Ambiental_ caso_Rinconada _Maipu.pdf [consulta: 5 de julio de 2019].

GALAFASSI, GUIDO P. "Razón instrumental, dominación de la naturaleza y modernidad: la Teoría Crítica de Max Horkheimer y Theodor Adorno", *Revista Theomai*, nº9, primer semestre, 2004 p. 101 [en línea] http://revistatheo mai.unq.e du.ar/numer o9/artgal afassi%28 frankf% 299.htm [consulta: 5 de julio de 2019].

GEORGE, C.J. "Justicia intergeneracional: la satisfacción de las necesidades y no de la codicia", 2012 [en línea] http://www.socia lwatch.o rg/sites/default/files/Justici aInt ergener acional2012 _esp.pdf. Pág. 32-34 [consulta: 5 de julio de 2019].

GUDYNAS, Eduardo. "La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica", Tabula Rasa, Bogotá - Colombia, No.13, julio-diciembre 2010, pp. 45-71, ISSN 1794-2489, pág. 49.

LAPORTE, Victoria (Coord.) Centro de Formación de la Cooperación Española de Montevideo, "Derechos Humanos y Medio Ambiente. Avances y desafíos para el desarrollo sostenible" Uruguay, 27 de junio de 2016.

LOPERENA ROTA, D. *Los principios del Derecho Ambiental*, Edit. Civitas, Madrid, 1998, p. 52 y ss.

LORENZETTI, Ricardo L. "La protección jurídica del ambiente", La Ley 1997-E, 1463 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 01/01/2007, 1497.

MORALES LAMBERTI, Alicia. "Derecho de la naturaleza y justicia ecológica intergeneracional", *Revista Prometeica*, N° 18, 2019, pP. 13-23.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 172

MORALES LAMBERTI, Alicia. "Evaluación de impacto ambiental y social: estándares sustantivos y de procedimiento en el Sistema Interamericano de derechos humanos", *Cuaderno de Derecho Ambiental,* Vol. VI (2014), pp. 71-110.

MORALES LAMBERTI, Alicia. "Gestión y Remediación de Pasivos Ambientales. Políticas y Atribución de Responsabilidad", *Estudios de Derecho Ambiental*, Instituto de Derecho Ambiental y de la Energía, Volumen 1, Número 1, Año 2008.

MORALES LAMBERTI, Alicia. "Remediación de pasivos ambientales de la minería de uranio: Deuda ecológica y social" (http://revistas.bibdig ital.ucc.ed u.ar/ojs/ind ex.php/RFD/ article/viewFil e/735/58 7) [consulta: 5 de julio de 2019].

Naciones Unidas: Asamblea General: Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, A/HRC/22/43, 24 de diciembre de 2012.

Naciones Unidas, Asamblea General. Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox. A/HRC/25/53, 30 de diciembre de 2013.

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.

Naciones Unidas, Derechos humanos (2012) Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación. HR/PUB/12/5.

Naciones Unidas: Asamblea General: Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/19/34, 16 de diciembre de 2011.

Naciones Unidas: Asamblea General: Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/19/34, 16 de diciembre de 2011.

NINO, Carlos S. *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2012.

Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales", OEA/Ser. L/V/II.132, Doc. 14, 19 julio 2008.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 173

Organización de Estados Americanos. Grupo de trabajo para el Análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador. Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador, 2015.

Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012), "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales".

Proyecto de Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra (2010).

STICCA, María Alejandra. "Algunas reflexiones acerca del derecho al medio ambiente sano como derecho humano", en *El Derecho Internacional Público como norma de conducta de los Estados*, Rey Caro, Ernesto J. (Coord.), Edit. Gráfica Trejo, Córdoba, 2013.

Tribunal Superior de Justicia de Neuquén. "Comunidad Mapuche Catalán y Conf. Indígena Neuquina c/ Prov. De Neuquén". Sentencia de fecha 25 de octubre de 2010.

VIDAL DE LAMAS, Ana María - WALSH, Juan Rodrigo. "Gestión de pasivos ambientales: mecanismos y herramientas institucionales para su prevención y manejo", *LA LEY*2003-B, 1279.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 174

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 175

LA TEORÍA DE LAS INMISIONES COMO FUNDAMENTO DE PROTECCIÓN ANTE EL RUIDO

THE THEORY OF IMMISSIONS AS A FOUNDATION OF PROTECTION AGAINST NOISE

Adriana Listoffsky

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 176

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 177

Resumen: El trabajo se ocupa en breve síntesis de las inmisiones -en particular el ruido- en calidad de agresión a la persona humana y sus bienes desde el derecho civil, municipal y administrativo, como también en condición de afectación de los derechos humanos.

Palabras-clave: Inmisiones - Ruido.

Abstract: The work deals briefly with the immissions -in particular, noise- as an aggression against the human person and his property from civil, municipal and administrative law, as well as as an affectation of human rights.

Keywords: Inmissions - Noise.

La Real Academia Española, la define a la "inmisión" (del latín immissio, -ōnis: "acción de echar adentro") como "agresión ambiental o concentración de la contaminación en un lugar y en un momento concreto".

Es toda injerencia, dañosa o molesta, incorporal o de escasa corporalidad, resultante de un actuar humano, en el ejercicio de un derecho; sobrepasa los límites que impone la vecindad, resultando dañosa para el inmueble o nociva o molesta para las personas que lo disfrutan por cualquier título".

Desde un sentido jurídico-técnico, la inmisión debe ser un hecho molesto e intolerable para el poseedor o las personas que tienen derechos reales constituidos en el inmueble.

La teoría de las inmisiones plantea la imposibilidad de poder ejercer una posesión tranquila en un inmueble por alguna molestia causada en predio ajeno y de la cual no existe derecho para realizarla o tolerarla.

El problema es determinar la entidad del fenómeno que vulnera el derecho de propiedad ajeno. Generalmente los ruidos, olores, luces entre otros fenómenos son los que producen alguna molestia entre vecinos, pero generalmente son bien toleradas.

Para determinar el grado de tolerancia en las relaciones de vecindad se han desarrollado, distintas teorías, entre ellas, la de los actos de emu-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 178

lación, el criterio del uso normal y de la normal tolerancia y la necesidad social.

En la Edad Media se tenía en cuenta la intención maliciosa o dolosa (animus nocendi), pero en la época industrial esta teoría dejó de ser útil para la resolución de conflictos.

La teoría del uso normal se desarrolló en el siglo XIX en Alemania, por Spangenberg, quien afirmaba que el nivel de tolerancia vecinal debía ser determinado por la envergadura de la molestia, y que debía tolerarse un uso normal, restringiendo la teoría únicamente a hechos inmisivos corpóreos

Los postulados de Spangenberg fueron completados por Ihering al distinguir entre los efectos nocivos a la persona (normal tolerancia) y a la propiedad, (uso normal) con el fin de ofrecer cánones objetivos y facilitar la labor del juez, actualmente son los criterios con mayor influencia en los ordenamientos jurídicos que tratan la materia[1].

Bonfante propone, que toda inmisión que sea producto de una actividad catalogada como necesidad social debe ser tolerada. En cuanto a la actividad industrial, solo deben ser toleradas las proyecciones negativas si la necesidad de su existencia es cotidiana y civil.

La doctrina las clasifica en:

- Inmisiones inmediatas, como arrojar agua directamente sobre la propiedad vecina;

- Inmisiones mediatas, las que inician en mi propiedad pero se extienden al vecino;

- Inmisiones directas o materiales, ramas o raíces de un árbol, construcciones,

- Inmisiones indirectas o inmateriales, como humo, calor, olor, vibraciones, ruidos,etc. La perturbación proviene del obrar humano y se tiene en cuenta que por su intensidad o continuidad, excede el nivel normal de tolerancia

- Inmisiones ideales, son aquellas que lesionan la psiquis y el pudor de las personas.[2]

[1] ALGARRA PRATS, E. *La disciplina de las inmisiones en el Derecho Privado*, Tesis Doctoral, 1995, pp. 313-370 (http://rua.ua.e s/ds pace/h andle/1 0045/3 178), para un acabado estudio de la inmisión en las fuentes romanas.

[2] Exposición de cosas terroríficas, actividades repugnantes, insoportables, escandalosas, que perturban o lesionan los sentimientos de pudor o el ánimo a los vecinos.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 179

El tratamiento legislativo sobre Inmisiones, en nuestro país, está regulado dentro de los límites al dominio, en lo que se refiere a las relaciones de vecindad.[3]

Siempre hacemos referencia al uso normal de la vida de relación, teniendo en cuenta las condiciones de cada propiedad, aunque exista autorización administrativa para realizar dichas actividades o actos.

El derecho de propiedad no es absoluto y son las relaciones de vecindad las que establecen estas limitaciones, es el derecho ajeno el que pone un límite al derecho de propiedad, forzosamente se deben evitar las molestias fuera de los límites de una propiedad.

En la actualidad, los ruidos, olores, vibraciones -entre otros fenómenos- constituyen verdaderas turbaciones que impiden vivir tranquilamente, pero sin duda el ruido es uno de los contaminantes más sensibles para la vida humana (transporte terrestre y aéreo, obras públicas, construcciones, actividades de recreación, etc.), siendo definido como sonido indeseado, fuerte, desagradable o inesperado.

El ruido ambiental es consecuencia directa de la actividad humana, por ende, la mayor contaminación se encuentra en los centros urbanos, si bien, por cuestiones topográficas, lo podemos encontrar también en zonas rurales.

Es dificultoso determinar el impacto ambiental que produce, y la aceptación del mismo varía según la percepción de cada receptor. La Organización Mundial de la Salud establece que, dentro de los efectos nocivos del ruido, se encuentran las alteraciones del sueño, efectos fisiológicos, auditivos y malestar general, los que varían según el volumen, el tono y el tiempo de exposición. La relación es directa, cuanto más alto sea el ruido, menor será el tiempo de exposición en el que se produzca el daño. Así, si el ruido es aislado, pero de muy alto nivel -por ejemplo, oír un martillo mecánico en la vía pública o escuchar música con auriculares a muy alto volumen,

[3] Art, 1973 CCy C. *Art. 1973. Inmisiones. Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción*".

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 180

puede generar daños inmediatos. Estudios realizados por el Dr. Laurnagaray en adultos, jóvenes y niños entre 6 y 13 años que concurren a escuelas porteñas y bonaerenses, concluye que tienen problemas auditivos.[4] [5]

Cuando y hasta donde, somos responsables por las inmisiones? esto dependerá si proviene de un acto lícito o ilícito, abusivo o excesivo, si corresponde a una acción personal o real, si el daño producido es individual o colectivo, patrimonial o moral, y cuando prescribe la acción.

Para poder controlar los niveles sonoros, es necesario elaborar mapas de ruido, los que permiten una adecuada planificación ambiental y tomar las medidas pertinentes (donde se ubican zonas fabriles, de recreación, urbanísticas, sentido/dirección de una calle, etc.). El principal índice para medir el ruido es el decibel (dB) la unidad de medida de la intensidad sonora. Corresponde al logaritmo decimal de la relación entre la intensidad del sonido que se ha de medir y la de otro sonido conocido que se toma como referencia.

Nuestra legislación no da una definición de inmisión, en general se limita a mencionar ciertas circunstancias o molestias consideradas como tales, no siendo dicha enumeración taxativa. La CN, el Código Civil y Comercial y leyes especificas sobre la materia, imbuidas por las consignas de la Declaración de Estocolmo del 72 y de Rio del 92, intentan darle un marco jurídico al problema.

En la Constitución podemos citar los Arts. 14[6], 19[7], 17[8] y, en especial, el Art 41 que hace referencia al derecho sustentable, a la calidad de vida y equilibrio de los ecosistemas, para esta generación y las futuras[9], mo-

[4] CZUBAJ, Fabiola. *Diario La Nación,* 6 de enero de 2009.

[5] 165 *Ibidem*.

[6] Art. 14 CN "*Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender*".

[7] Art. 19 CN: "*Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*".

[8] Art. 17 CN: "*Artículo 17.-La propiedad privada es inviolable (…)*".

[9] A partir de Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente de Estocolmo de 1972, se incrementa la conciencia de preservar el ambiente y el deber

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 181

difica la prioridad del bien protegido de la industria al ambiente y por ende a la salud.

En materia civil, ya desde el Código de Vélez Sarsfield se regulaba, diferenciando las inmisiones de las servidumbres. También se hacía referencia a los ruidos (Art. 2618 CC) y las indemnizaciones debidas al perjudicado, aún en los casos que provinieran de una actividad autorizada por la administración (Art. 2619 CC)[10], se regulaba sobre las molestias ocasionadas por el agua, los gases, el humo (Arts. 2625 y1133 inc.3) .

El derecho de dominio es el que más facultades confiere sobre la cosa a su titular, derechos que encuentran su límite en el título "De las restricciones y límites al dominio", limites que se encuentran directamente relacionados con el Art. 41 de CN y el reconocimiento de la propiedad privada en el marco del interés público, donde el límite al dominio está en función del orden público ambiental.

Hoy encontramos una fuerte protección a los derechos de la personalidad como el ocio, el descanso, a la intimidad a la salud y al desarrollo equilibrado.

El Código, coordina la compatibilidad entre derechos individuales y los de incidencia colectiva, limitando el ejercicio abusivo de los derechos individuales sobre bienes colectivos cuando pudieran afectar al ambiente o a los derechos de incidencia colectiva en general, fijando límites en la normativa de derechos privados, exigiendo el respeto a los presupuestos mínimos de protección ambiental y a no contradecir u oponerse a las disposiciones de la Ley General del Ambiente (LGA) Nº 25675[11], cuya normativa reconoce el concepto de dignidad humana en el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado.

Se habilita a los jueces a disponer la remoción o cesación de las molestias y ordenar las indemnizaciones correspondientes, se vislumbra en

gubernamental, individual y social en la protección y mejora de la calidad ambiental.

[10] "Saladeristas Podestá CSJN 14-5-1887: "nadie tiene derecho a comprometer la salud pública con el uso que haga de su propiedad y especialmente con el ejercicio de su profesión o industria".

[11] MORALES LAMBERTI, Alicia. "Los derechos humanos en el Código Civil y Comercial, como fuentes de integración hermenéutica y reconocimiento axiológico en la aplicación del derecho ambiental", *Revista de Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, Junio-Septiembre 2015, N°43, 139 y ss.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 182

la redacción del Código, no solo la obligación de recomponer, sino, la idea de prevención esbozada en los Principios ambientales de la LGA, en lo referido al nuevo derecho de daño.

El actor, al plantear la demanda, debe ser claro y preciso en su petición, tanto en relación con la medida como con la cuantificación del daño. El juez tiene la posibilidad de remover o hacer cesar la inmisión y/o establecer una indemnización, teniendo presente siempre el uso regular de la propiedad en relación a la normal tolerancia en las relaciones de vecindad donde se encuentra el fundo.

El Código Penal, en sus Principios Generales, también se ocupa de temas ambientales, estableciendo diversas sanciones, pero solo para los delitos de contaminación.

En cuanto a normativa de Córdoba, tenemos por un lado la Constitución Provincial en el Art. 38 y Art. 66, los que hacen referencia a los derechos y deberes para con el ambiente. La ley de la Provincia de Córdoba Nº 8821 regula sobre el Nivel Sonoro Continuo Equivalente (N.S.C.E.) en discotecas o locales de acceso público. La Ley de Política Ambiental de la provincia en sus Arts. 83 y 84 se ocupa del tema, exigiendo la realización de una EIA cuando esté en juego la saluda de la población.

Una serie de Ordenanzas de la ciudad de Córdoba tienen por objeto regular, prevenir y controlar la emisión de ruidos y vibraciones. La Municipalidad de Córdoba define lo que se entiende por ruido y por vibración. El Código de Convivencia Ciudadana, establece que todas las personas tienen derecho a un desarrollo humano sostenible, con las condiciones ambientales óptimas y tienen la obligación de asumir los deberes de la solidaridad, el respeto mutuo y la tolerancia. El Municipio cuenta con la Ordenanza N° 12208 que considera ruido excesivo aquel producido o estimulado por cualquier acto, hecho o actividad de cualquier naturaleza que supere los niveles máximos fijados en esta Ordenanza, los que varían según el lugar, la hora, actividad u objeto.

Algunos ejemplos de acciones judiciales por inmisiones son:

1. "Lauricella Héctor Pedro y otro c/ TRV S.R.L. s/ ordinario – otros" Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba. Sala: Séptima: 11-mar-2015 Cita: MJ-JU-M-92452-AR | MJJ92452 | MJJ92452

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 183

Procedencia de la demanda ordinaria por ruidos molestos deducida por el vecino colindante de una empresa, al haberse comprobado que las inmisiones excedían un razonable nivel de tolerancia.

No obsta a la procedencia de la demanda por ruidos molestos la autorización administrativa para funcionar que posee la accionada, y teniendo en cuenta que la prioridad en el uso corresponde a la parte actora y que no se afectan en modo alguno las exigencias de la producción, toda vez que no se impide ni dificulta que la demandada lo siga haciendo, nada más que tomando los recaudos necesarios y arbitrando todos las medidas a su alcance a los fines de hacerlo sin producir molestias innecesarias a sus vecinos colindantes, haciendo cesar los ruidos y vibraciones de esa índole (voto del Dr. Flores, al que adhiere el Dr. Remigio - mayoría)

También debe tenerse en cuenta en este tipo de juicios las circunstancias de tiempo, lugar y modo, y también de las personas, ya que puede ser que los ruidos y vibraciones que para algunos no sean molestos para otros, sí lo sean.

No obstante, se considera excesivo acceder a lo demandado en el sentido de ordenar "el traslado de los depósitos de la firma demandada" (vid. demanda fs. 1), siendo suficiente con ordenar la cesación de las molestias (art. 2518, Cód. Civ.).

2. Lertora Mendoza Celina Ana c/ Instituto Enseñanza Gral. Y otros S/daños y perjuicios derivados de la vecindad", Cámara Nac. de Apelaciones en lo civil Sala: Juzgado 1, 17/7/2015

Se reclama el cese y resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por sonidos emitidos por niños que concurren a un establecimiento educativo, que impiden a la actora desarrollar sus actividades con normalidad (Investigaciones para el CONICET) y que el edificio tenía una finalidad diferente anteriormente (depósito y oficinas) que no ocasionaba molestias a los vecinos.

Si bien en Primera Instancia, se acepta el reclamo de la actora y se condena a la Institución a realizar los trabajos necesarios a fin de hacer cesar el sonido, fundando su resolución en la alteración sonora, y el hecho que la autorización administrativa para realizar una actividad, no da derecho a producir molestias[12].

[12] En el mismo sentido se pronuncia el Dr. Kiper: "*es un principio del Derecho Administrativo que las autorizaciones no se conceden sino bajo la condición de no*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 184

La Cámara, entendió que no configuran ruidos molestos las voces de menores en centros educativos, pues los mismos no son objeto de la normativa que regula los ruidos molestos, requiriendo para ser tomados como tal, el uso de bocinas, amplificador o similar fuera del horario escolar autorizado o habilitado. Tratándose de niños de un jardín de infantes, no se justifica la reparación por ruidos molestos.

3. La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala III, 12/07/2012, en los autos "Mazzeo, Alicia S. y otro v. YPF S.A."

Un grupo de vecinos de Berisso y Ensenada promovió demanda contra YPF S.A. y/o quien en definitiva resultara responsable, con el doble objeto de que se condene a la demandada al "cese del daño ambiental por contaminación del aire y contaminación sonora y todo otro daño ambiental derivados de la contaminación pasada y/o presente del complejo industrial YPF sito en Ensenada y Berisso.

En relación al fondo del asunto, en primer lugar, el Tribunal determinó la existencia del daño ambiental que denunciaron los actores apoyándose fundamentalmente en los informes de medición de emisiones producidos por el CIMA. Es decir, determinó la existencia de daño ambiental por acción contaminante del aire y le atribuyó responsabilidad por ese daño a YPF S.A.

4. "Bergandi Sergio David y Otro c/Sociedad Italiana de Socorros Mutuos Dante Alighieri Medidas Autosatisfactivas" - Cuerpo Civil de Multas - Expte N° 1436811/36

Se confirma una multa por haber incumplido durante cuatro noches en el año 2006, lo convenido con los vecinos respecto al nivel de decibeles, si bien la medición de los decibles fue realizada por inspectores municipales, no puede la justicia realizar una mirada parcial y ritualista de lo acontecido, cuando ello vulnera los derechos de otras personas. Quedan fuera las acciones ambientales que puedan derivar de los daños provocados por las inmisiones cuando estas excedan el mero daño ocasionado por vulnerar la normal tolerancia en las relaciones de vecindad y constituyan un daño al ambiente.

atacar a terceros y reparar los perjuicios ocasionados", en CCC. Comentado por Lorenzo-Lorenzetti Tomo IX, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 298.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 185

A modo de Conclusión

Los temas de vecindad constituyen una de las cuestiones más difíciles de resolver en la práctica y tienen gran trascendencia legislativa, influyen en el bienestar y calidad de vida..

El ruido afecta directamente a las personas y hoy constituye una molestia endémica de la sociedad, es claro que todos tenemos derecho a vivir en un ambiente sano, tal como lo establece la CN, pero son escasas las medidas adoptadas para hacerlo realidad.

El problema en relación a los ruidos y a las inmisiones en general, es que deben exceder la normal tolerancia para poder ser reclamados y esto dependerá de los usos y costumbres del lugar y su ubicación temporal. Ello constituye una formula abierta, pues es el juez, en cada caso concreto quien determina cual es la normal tolerancia, debiendo dejar de lado subjetividades propias del afectado, recurriendo a un criterio objetivo.

Por tratarse de un derecho colectivo, es necesario tener en cuenta la sensibilidad de distintos sectores de la población y de los organismos competentes en la temática, teniendo en cuenta que el control del ambiente y la calidad de vida corresponden al estado y es el poder judicial el ente encargado de aplicar e interpretar su normativa

La falta de conciencia sobre la gravedad del tema, nos lleva a creer que el deterioro ambiental, es una consecuencia lógica del progreso, no nos permite entender que la degradación del ambiente constituye una violación a los derechos humanos de sus víctimas y generalmente una total impunidad de los victimarios.

Si bien en los últimos años, la dimensión ambiental se ha incorporado en la estructura administrativa del estado, creando vías formales administrativas y judiciales para la resolución de conflictos, el marco normativo, no ha sido ni cuantitativa ni cualitativamente eficaz para mejorar el medio ambiente.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 186

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 187

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS. CIUDADANÍA AMBIENTAL*

CITIZEN PARTICIPATION IN THE FRAMEWORK OF HUMAN RIGHTS. ENVIRONMENTAL CITIZENSHIP

Cristina Del Campo**

* *Trabajo recibido el 19 de marzo de 2019 y aprobado para su publicación el 3 de mayo del mismo año.*

** *Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Magister en Gestión Ambiental, ambos por la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora principal UNDEF. Miembro titular del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 188

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 189

Resumen: La relación entre derechos humanos, democracia y derechos ambientales encuentra un canal de prevención en la participación ciudadana. Son múltiples los tratados, acuerdos y documentos internaciones que tratan sobre estos derechos. Para este trabajo partiremos de un repaso a documentos internacionales que incluyen la participación y el nexo entre derechos humanos y nuestra regulación ambiental a los fines de presentar un esquema sobre el tratamiento de la participación en temáticas ambientales que involucren derechos humanos. El objetivo será aportar significados -a modo de reflexiones- a la participación comunitaria en el contexto de los derechos humanos (como resguardo).

Palabras-clave: Participación ciudadana - Derechos humanos -Ambiente.

Abstract: The relationship between human rights, democracy and environmental rights finds a prevention channel in citizen participation. There are many treaties, agreements and international documents that deal with these rights. For this work we will start from a review of international documents that include participation and the link between human rights and our environmental regulation in order to present a scheme on the treatment of participation in environmental issues that involve human rights. The objective will be to give meaning - as a reflection - to community participation in the context of human rights (as a safeguard).

Keywords: Citizen participation - Human rights - Environment.

Sumario: I. Introducción. II. Derechos Humanos y Participación Ciudadana. III. La participación en la regulación ambiental de base: Entre los formalismos y los "deformismos". *III.1. La Ley 10208 de Política Ambiental Provincial.* IV.- Participación ciudadana como participación social. V. Algunas reflexiones finales.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 190

I. Introducción

La participación ciudadana y los derechos humanos parecen tener una íntima relación; pero eso es solo una ilusión, la realidad es que la participación se da en los ámbitos locales y el camino que separa esa participación y lo internacional es insondable.

Participación ciudadana es un acto social, voluntario, libre, es "tomar parte de", es "compartir"[1], es ejercitar derechos, es una instancia preventiva de conflictos, pero fundamentalmente es construcción de ciudadanía. Asimismo, puede entenderse el concepto de participación "como la capacidad de los individuos de integrarse a los procesos colectivos de apropiación de los bienes públicos, así como su capacidad para construir alternativas de la vida económica a partir de la gestión pública"[2]; enmarcada -en nuestro caso- en los derechos reconocidos constitucionalmente; los derechos humanos y dirigida esencialmente a la construcción de ciudadanía.

El ejercicio de la democracia directa no resuelve la participación ciudadana y mucho menos garantiza derechos humanos y ambientales. Derechos humanos que presuponen la existencia de un Estado, que se obligó a respetarlos y fundamentalmente a garantizarlos, adoptando todas las medidas necesarias para ello. La participación ciudadana permite -en un Estado de derecho- el ejercicio y defensa de derechos reconocidos.

Sin participación no hay democracia[3], ya que la soberanía radica en el pueblo, quien elige a sus representantes en una modalidad de participación directa. Ejercido tal derecho *-de participación directa-* se traslada el poder a los representantes, quedando un resabio de tal ejercicio de so-

[1] V. MERINO, Mauricio. "La Participación Ciudadana en la Democracia", *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, N° 4, IFE. (http://impep ac.mx/wp-content/uploa ds/2014/11/IS U/Participaci on/LA%20PA RTICIP ACION%20C IUDADANA% 20EN%20 LA%20DE MOCRACIA.pd f).

[2] CHÁVEZ CARAPIA, Julia del Carmen. *La participación social: retos y perspectivas*, N° 1 de Serie Organización y participación social Escuela Nacional de Trabajo Social UNAM, México, 2003, pp. 17 y 18.

[3] V. ROSS, Alf. ¿Por qué democracia? Centro de Estudios Constitucionales, Edición original Havard University Press. Cambridge. 1952. Traducción Roberto Vernengo. Madrid 1989; GODOY ARCAYA, Óscar. *La democracia en Aristóteles. Los orígenes del régimen republicano,* Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2012.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 191

beranía en el ejercicio de la democracia indirecta, siendo esta participación y su relación con los derechos ambientales como parte de los derechos humanos de la que nos ocuparemos. El vínculo entre derechos humanos, democracia[4] y derechos ambientales encuentra uno de los canales de prevención de conflictos y de avasallamiento de derechos humanos en la participación ciudadana. Y si bien no nos ocuparemos de la prevención[5], es relevante señalar que este principio base del derecho ambiental es condicionante del desarrollo sustentable.

La participación ciudadana es manifestación de comunidad organizada, es muchas veces un proceso de empoderamiento ante el avasallamiento de derechos humanos ambientales. Es allí donde la participación ciudadana se despliega -derechos constitucionales de por medio- a fin de tratar de impedir, evitar o influir en una determinada política pública que considera afecta sus derechos. Ese "considera" refleja la antigua lucha entre intereses sectoriales e individuales y los comunitarios o colectivos. Dicha colisión, no debería ser tal, ya que, antes de llegar a una situación de conflicto debieron desarrollarse con el fin diseñado en la norma, por ejemplo, información y participación en sus múltiples variantes.

Derechos humanos y participación no es civilización culturalmente homogeneizada, es respeto a las particularidades racionales en un mar de diferencias, donde los no legitimados se encuentran muchas veces en tal situación sin saber cómo llegaron a ello. La exclusión, viene arrasando en materia de derechos humanos concretados, la exclusión aparecería como la regla y la inclusión un privilegio, con lo cual la participación es parte de esa voz que reclama por el interés colectivo.

La relación entre Derechos humanos y medio ambiente es incluida como objeto de tratamiento en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Es a partir de resoluciones relacionadas con los derechos humanos y el medio ambiente que se encomienda mandato a un experto independiente sobre derechos humanos y medio ambiente para trabajar

[4] "Democracia es derechos humanos, Democracia es participación". Este año se rinde homenaje a Víctor Hipólito Martínez, vicepresidente de la República Argentina, en la recuperación de la democracia, miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y del IDARN.

[5] Sobre el tema puede consultarse: del CAMPO, Cristina. "El Principio de Prevención. La Causa Rozniatowsky vs Estado Nacional", Cuaderno de Derecho Ambiental - Principios Generales del Derecho Ambiental Nº IX, IDARN, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2017, pp. 65, 76.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 192

sobre la temática, dando por resultado una serie de informes aprobados por resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas confirmándose el vínculo entre los derechos humanos y el medio ambiente[6].

En este escrito realizaremos un repaso de los hitos internacionales que incluyen a la participación y la vinculación de ello con nuestra regulación a los fines de plantear un esquema sobre el tratamiento de la participación en temáticas ambientales que involucren derechos humanos.

El objetivo aquí será aportar significados -a modo de reflexiones- a la participación comunitaria en el contexto de los derechos humanos (como respaldo).

II. Derechos Humanos y Participación Ciudadana

Hablar de participación ciudadana es hablar de Democracia, la cual encuentra sus bases en la ***Constitución Nacional*** (CN) que establece: *La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal* (art. 1). La Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular

[6] Conforme se lee en la página web de Naciones Unidas: "En los últimos años ha crecido mucho la aceptación de los vínculos entre los derechos humanos y el medio ambiente. También han aumentado rápidamente el número y los objetivos de las leyes, las decisiones judiciales y los estudios académicos, tanto nacionales como internacionales, fruto de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente. Numerosos Estados integran ahora en sus Constituciones el derecho a un medio ambiente saludable. Sin embargo, muchas cuestiones sobre la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente continúan sin resolverse y necesitan más atención. Como consecuencia, en marzo de 2012, el Consejo de Derechos Humanos decidió establecer un mandato sobre derechos humanos y medio ambiente que estudiará, entre otras cosas, las obligaciones de derechos humanos relativas al disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, y promoverá mejores métodos respecto al uso de los derechos humanos para la elaboración de políticas medioambientales. En agosto de 2012, el Sr. John Knox fue designado Experto Independiente (2012 - 2015) y Relator Especial sobre derechos humanos y medio ambiente (2015 - 2018). En marzo de 2018, el Consejo de Derechos Humanos extendió el mandato (resolución 37/8) y nombró al Sr. David R. Boyd Relator Especial sobre derechos humanos y medio ambiente (a partir del 1 de agosto de 2018)". Recuperado de https://www.ohchr.org/SP/Issues/Environment/SREnvironment/Pa ges/SRenvironmentIndex.aspx

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 193

de las leyes que se dicten en su consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral (art. 37). El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición (art. 22). Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a la Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas (art. 38).

Como mecanismos de participación, la CN recepta la Iniciativa Popular, la Consulta Pública y la institucionalización del Defensor del Pueblo:

> *CN Artículo 39.- Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados (…). No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.*
>
> *CN Artículo 40.- El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.*
>
> *El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.*
>
> *El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.*
>
> *CN Artículo 86.- El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Na-*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maqueta 1 8/11/2019 14:23 Página 194

> *ción, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas (…).*

El ejercicio de la democracia, para ser tal, requiere de libertad, que es reasegurada con la incorporación del *Pacto de San José de Costa Rica (**Convención Americana de Derechos Humanos**)*[7] a nivel constitucional (75 inc. 22 CN) mediante el cual la vida es reconocida como derecho:

> *CADH Artículo 4. Derecho a la vida 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (…).*

Reconociéndose en el mismo texto una gama de "libertades" que parten de la obligación de los Estados Partes de la Convención de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La ***Carta Democrática Interamericana*** de 2001[8] establece que *son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales; La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.*

[7] V. en: https://www.a rgentina.gob. ar/sites/defau lt/files/de rechoshu manos_p ublicacio nes_colec ciondebol sillo_10_conve ncion _americana_ ddhh.pdf

[8] V. en: http://www. oas.org/OAS page/e sp/Documen tos/Cart a_Democratic a.htm; http://eeoea.c ancilleria.g ob.ar/e s/node /4082

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 195

Asimismo, en esta Carta Democrática se concreta un especial tratamiento de la participación ciudadana, ya no solo como derecho sino además como una responsabilidad:

> *CD Artículo 2. El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.*
>
> *CD Artículo 6. La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.*
>
> *CD Artículo 9. La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.*

Posiciona así a la participación ciudadana en el marco de la democracia en su directa relación con desarrollo y el respeto a las diversidades.

La Participación está presente en múltiples instrumentos internacionales, entre los cuales podemos mencionar:

- El ***Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales*** (1966), el cual reconoce para los Estados Parte, el *derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia y tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho (art. 11); los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 196

y mental (art. 12); reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos (…).

> *PIDESC Artículo 5 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, con el pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*

- La ***Declaración de Estocolmo***, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en 1972, en su preámbulo proclama: *1. El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea, (…), el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio ambiente humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma. 2. La protección y mejoramiento del medio ambiente humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos. 3.(...) Hoy en día, la capacidad del hombre de transformar lo que le rodea, utilizada con discernimiento, puede llevar a todos los pueblos los beneficios del desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 197

causar daños incalculables al ser humano y a su medio ambiente. A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la tierra, niveles peligrosos de contaminación del agua, del aire, de la tierra y de los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio ambiente por él creado. Especialmente en aquel en que vive y trabaja 6. La defensa y el mejoramiento del medio ambiente humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad, que ha de perseguirse al mismo tiempo que las metas fundamentales ya establecidas de la paz y el desarrollo económico y social en todo el mundo, y de conformidad con ellas. Entre sus principios podemos resaltar:

> *DE. PRINCIPIO 8. El desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y de trabajo favorable y para crear en la tierra las condiciones necesarias de mejora de la calidad de vida.*
>
> *DE. PRINCIPIO 16. En las regiones en que exista el riesgo de que la tasa de crecimiento demográfico o las concentraciones excesivas de población perjudiquen al medio ambiente o desarrollo, o en que la baja densidad de población pueda impedir el mejoramiento del medio ambiente humano y obstaculizar el desarrollo, deberían aplicarse políticas demográficas que respetasen los derechos humanos fundamentales y contasen con la aprobación de los gobiernos interesados". Es en este documento que lo ambiental y los derechos humanos se vinculan directamente.*

- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos -***Protocolo de San Salvador*** de 1996- reconoce el Derecho a un Medio Ambiente Sano: "*1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos; 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. Asimismo, establece que toda persona tiene derecho a la educación, la cual deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la perso-*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 198

nalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz. Encontrándonos con que participación (con su base en educación), es democracia y es paz.

- El ***Informe Brundtland*** de 1987 propuso una lista de principios jurídicos para la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible que incluye entre otros al *Principio 1: Todos los seres humanos tienen el derecho fundamental a un medio ambiente adecuado para su salud y bienestar. l Principio 6. Los Estados informarán oportunamente a todas las personas que probablemente resultarán afectadas por una actividad proyectada les otorgarán igualdad de acceso y proceso imparcial en los procedimientos administrativo y judiciales (…).*

En el texto se lee: "*El derecho humano fundamental a un medio ambiente suficiente para garantizar la salud y el bienestar". "En todas partes encontramos la preocupación más profunda entre el público por el medio ambiente, preocupación que no ha conducido solamente a protestas, sino que, a menudo, ha cambiado comportamientos. El reto es asegurar que dichos nuevos valores se* reflejen más adecuadamente en los principios y actividades políticas y en las estructuras económicas *(…)". "Los cambios de actitudes. de valores sociales y de aspiraciones a los que insta el presente informe dependerán de las amplias campanas de educación, debates y participación pública que se lleven a cabo. Para este fin lanzamos un llamamien.to a los grupos de 'ciudadanos', a las organizaciones no gubernamentales, a las instituciones educacionales y a la comunidad científica. Todos ellos han desempeñado un papel indispensable en la creación de la conciencia pública y en los cambios políticos del pasado. Todos ellos desempeñarán un papel capital para colocar al mundo en los carriles de un desarrollo sostenido y echar los cimientos de Nuestro Futuro Común*".

Este informe, base de la Conferencia para la que fue preparado, es un hito en materia ambiental, que posibilitó el tratamiento de temas

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 199

como el de la participación. Así, en el mismo seguimos leyendo: "*96. Tomar las difíciles decisiones que se requieren para lograr el desarrollo duradero dependerá del amplio apoyo y participación de un público consciente e informado y de las organizaciones no gubernamentales, la comunidad científica y la industria. Se deberían ampliar sus derechos, funciones y participación respecto de la planificación del desarrollo, la adopción de decisiones y la ejecución de proyectos. 20. No es que haya un grupo de malos y otro grupo de víctimas. Todo iría mejor si cada uno tuviera en cuenta el efecto que sus actos tienen sobre los demás, pero ninguno está dispuesto a suponer que los demás se conducirán de manera socialmente conveniente y de allí que todos continúen persiguiendo sus propios intereses egoístas (…). Las leyes que se hacen cumplir y las que imponen obligaciones estrictas, pueden controlar los efectos secundarios perjudiciales. Más importante aún, la participación efectiva de las comunidades locales en los procesos de adopción de decisiones puede ayudar a manifestar el interés común y hacer que se la tenga en cuenta efectivamente*".

- La ***Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo***, surgida de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, establece en el Principio 10: "*La mejor manera de tratar las cuestiones ambientales es garantizar la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel apropiado. A nivel nacional, cada persona debe tener acceso debido a la información ambiental en manos de las autoridades públicas, incluida la información sobre sustancias y actividades peligrosas en la comunidad, y la oportunidad de participar en los procesos de toma de decisiones. Los Estados deberían facilitar y alentar la conciencia y la participación del público poniendo la información a disposición del público. Debe garantizarse el acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, incluidas las sanciones y las reparaciones*". En el Capítulo 23, sobre Fortalecimiento del papel de los grupos principales se lee: *La dedicación y la participación auténtica de todos los grupos sociales tendrán una importancia decisiva en el cumplimiento eficaz de los objetivos, las políticas y los mecanismos acordados por los gobiernos en todas las áreas del Programa 21; y en el 23.2. Uno de los requisitos fundamentales para alcanzar el desarrollo sostenible es la amplia participación de la opinión pública en la adopción de decisiones. Además, en el contexto*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 200

más concreto del medio ambiente y el desarrollo, se ha hecho evidente la necesidad de emplear nuevas formas de participación. Se trata de la necesidad de que las personas, los grupos y las organizaciones participen en los procedimientos de evaluación del impacto ambiental, conozcan el mecanismo de adopción de decisiones y participen en él, sobre todo cuando exista la posibilidad de que esas decisiones afecten a las comunidades donde viven y trabajan. Toda persona, grupo u organización debería tener acceso a la información relativa al medio ambiente y el desarrollo con que contaran las autoridades nacionales, incluso a la información acerca de productos y actividades que tuvieran consecuencias importantes para el medio ambiente o hubiera probabilidades de que las tuvieran, así como a la información sobre las medidas de protección del medio ambiente; 23.3. Toda política, definición o norma que se relacionara con el acceso a la labor de las instituciones u organismos de las Naciones Unidas encargados de ejecutar el Programa 21 o a la participación de las organizaciones no gubernamentales en esa labor debería aplicarse por igual a todos los grupos importantes. Las áreas de programas que incluye presentan una *relación con los medios para promover una auténtica participación social en apoyo de los esfuerzos comunes para lograr el desarrollo sostenible.*

Esta Declaración que consagra el denominado "Principio 10" ya enunciado, con sus derechos de acceso a la información ambiental, a la participación en la toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia, es la base de posteriores documentos relacionados con nuestro tema en tratamiento.

- El ***Programa 21***, en su apartado sobre *Fortalecimiento del Papel de las Organizaciones no Gubernamentales Asociadas en la Búsqueda de un Desarrollo Sostenible, establece que "Las organizaciones no gubernamentales desempeñan un papel fundamental en la empresa de dar forma y aplicación a la democracia participativa. Su prestigio obedece al papel responsable y constructivo que desempeñan en la sociedad. Debería reconocerse a las organizaciones oficiales y no oficiales y a los movimientos populares como asociados para la ejecución del Programa 21. La índole del papel independiente que desempeñan las organizaciones no gubernamentales en una sociedad exige una participación genuina. Por consiguiente, la independencia es uno de los principales rasgos de las organizaciones no guber-*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 201

namentales y condición previa para la participación genuina". Resaltándose en todo el Programa lo esencial de la participación en materia ambiental.

- El ***Convenio Marco sobre el Cambio Climático*** de 1992 promueve el acceso público a la información sobre el cambio climático y sus efectos; la participación pública en la revisión del cambio climático y sus efectos; y el acceso público a la información sobre el cambio climático y sus efectos (art. 6); leyéndose entre los compromisos, que *todas las Partes, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y el carácter específico de sus prioridades nacionales y regionales de desarrollo, de sus objetivos y de sus circunstancias, deberán: i) Promover y apoyar con su cooperación la educación, la capacitación y la sensibilización del público respecto del cambio climático y estimular la participación más amplia posible en ese proceso, incluida la de las organizaciones no gubernamentales (art. 4)*.

- El ***Convenio sobre la Diversidad Biológica*** de 1992 se ocupa de la educación y conciencia pública en temáticas sobre biodiversidad, instando a las partes contratantes a promover el conocimiento de la importancia de la conservación de la diversidad biológica y a desarrollar programas de educación y conciencia pública sobre la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. En particular, sobre los estudios de impacto y reducción de efectos adversos establece que cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según corresponda, *adoptará procedimientos para requerir la evaluación de los impactos ambientales de los proyectos propuestos que puedan causar un daño significativo a la biodiversidad con el fin de evitar y minimizar dichos efectos, y si corresponde, permita que el público participe en estos procedimientos*. Asimismo *Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente* (art 8).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 202

- El ***Acuerdo de Escazú***, Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado el 4 de marzo de 2018 en Escazú, Costa Rica, es abierto a la firma de los países (33) de la región requiriendo de la ratificación de 11 Estados Parte para su entrada en vigor. El objetivo del acuerdo *es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible* (art 1). Entendiéndose a los efectos del presente Acuerdo por "derechos de acceso" al derecho a la información ambiental, al derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y al derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales.

Establece que cada Parte deberá asegurar el derecho de participación del público, comprometiéndose a implementar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales, sobre la base de los marcos normativos interno e internacional; garantizará mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a proyectos y actividades, así como en otros procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud. Asimismo cada Parte promoverá la participación del público en procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones, relativos a asuntos ambientales de interés público; adoptará medidas para asegurar que la participación del público sea posible desde etapas iniciales del proceso de toma de decisiones, de manera que las observaciones del público sean debidamente consideradas y contribuyan en dichos procesos; proporcionará al público, de manera clara, oportuna y comprensible, la información necesaria -y en -plazos razonables- para hacer efectivo su derecho a participar en el proceso de toma de decisiones. Debiendo establecer las condiciones propicias para que la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales que se adecuen a las características sociales, económicas,

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 203

culturales, geográficas y de género del público; identificando y apoyando a personas o grupos en situación de vulnerabilidad para involucrarlos de manera activa, oportuna y efectiva en los mecanismos de participación; debiéndose considerar los medios y formatos adecuados, a fin de eliminar las barreras a la participación.

Se resalta a lo largo de todo el acuerdo el rol de las autoridades públicas, así, se establece que "*la autoridad pública realizará esfuerzos por identificar al público directamente afectado por proyectos y actividades que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, y promoverá acciones específicas para facilitar su participación*". Este Acuerdo contiene además disposiciones específicas vinculantes sobre defensores de derechos humanos en asuntos ambientales, constituyéndose en un nuevo hito en la senda de los derechos humanos, ambiente y participación[9].

El medio ambiente como derecho humano es objeto de tratamiento por las Naciones Unidas; mediante el Consejo de Derechos Humanos. En una de las Resoluciones del Consejo[10], y en relación a la participación y derechos humanos se lee, por ejemplo: "*5. Exhorta a los Estados a que: a) Respeten, protejan y hagan efectivos los derechos humanos, en particular en todas las medidas adoptadas para hacer frente a los problemas ambientales, incluidos los derechos a la vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, a un nivel de vida adecuado, a la alimentación adecuada, al agua potable y el saneamiento, y a la vivienda, y los derechos culturales; b) Adopten y apliquen leyes rigurosas para garantizar, entre otras cosas, los derechos a la participación, el acceso a la información y a la justicia, en particular a una reparación efectiva en la esfera del medio ambiente; c) Faciliten la sensibilización y la participación del público en la adopción de decisiones relativas al medio ambiente, con inclusión de la sociedad civil, las mujeres, los niños, los jóvenes, los pueblos indígenas, las co-*

[9] Nuestro país cuenta con otros convenios que receptan la participación, por ej., Convención Internacional de Lucha Contra la Desertificación en Los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación en Particular en África; Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes; Convenio de Minamata sobre el Mercurio; Protocolo de Nagoya Sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización; Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura.

[10] V. Resolución del CDH 34/20; Resolución del CDH 31/8; Resolución del CDH 28/11; HRC Resolución 25/21, etc. (https://www.oh chr.org/SP/I ssues/Enviro nment/SRE nvironment/Pag es/Resoluti ons.aspx).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 204

munidades locales, los campesinos y otros que dependen directamente de la diversidad biológica y los servicios prestados por los ecosistemas mediante la protección de todos los derechos humanos, incluidos los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; d) Cumplan plenamente sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos sin distinción de ningún tipo, en particular en la aplicación de las leyes y políticas ambientales; e) Promuevan un entorno seguro y propicio en el que los individuos, los grupos y las instituciones, incluidos los que se ocupan de los derechos humanos y las cuestiones ambientales, en particular de la diversidad biológica, puedan actuar sin amenazas, trabas ni inseguridad"[11].

En este breve punteado hemos intentado resaltar el vínculo que parte de los derechos humanos hacia la participación y los derechos ambientales, emparentado en el efectivo ejercicio de derechos reconocidos en documentos internacionales que, desde diferentes tonalidades materiales, rescatan derechos vinculados entre sí, como derecho a la vida, la calidad de vida, la participación y la democracia, hilo que no se agota en este listado las normas de referencia en la materia[12] y que encauza la sustentabilidad de vida del ser humano en el planeta.

---

[11] Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 24 de marzo de 2017 34/20 (https://docu ments-dds -ny.un.org/d oc/UNDO C/GEN/G17 /086/04/PD F/G170 8604.pdf?Op enElement).

[12] Es relevante citar algunos convenios de referencia extra región americana como la Convención de Aarhus sobre Acceso a la Información de 1998, que reconoce a nivel europeo la participación pública. Asimismo, el Convenio de Espoo de 1991 sobre EIA y EAE en un contexto transfronterizo establece que las partes interesadas organizan la EIA que incluya al público de la parte afectada en las áreas que podrían verse afectadas y que las observaciones realizadas deben presentarse dentro de un plazo razonable antes de tomar una decisión final sobre la actividad. Por su parte la Declaración de Bizkaia[14] de1999 sobre el Derecho al Medio Ambiente contiene como ejes: el derecho al medio ambiente como derecho humano; la acción pública y tutela del medio ambiente, y el desarrollo, cultura y medio ambiente. *Artículo 1º. Derecho al medio ambiente: 1. Toda persona, tanto a título individual como en asociación con otras, tiene el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. (…).3. El derecho al medio ambiente se ha de ejercer de forma compatible con los demás derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo.4. Toda persona tiene derecho al medio ambiente sin ningún tipo de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole. Artículo 4º. Transparencia administrativa y derechos de las personas en materia medio ambiental. 1. Los procedimientos de decisión de los poderes públicos y de los organismos internacionales sobre los asuntos que tienen relación con el medio ambiente, se regirán por el principio de transparencia. Este principio exige el reconocimiento de los derechos de participación, acceso a la información y a ser informado.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 205

La participación está íntimamente vinculada a la información. Es de resaltar que sin información cierta, oportuna, completa, pertinente, no es posible la participación como hecho ciudadano[13].

III. La participación en la regulación ambiental de base: Entre los formalismos y los "deformismos"

Habiendo realizado un breve repaso de algunos de los documentos internacionales que se ocupan de participación enmarcada en los derechos humanos y ambientales, en este apartado señalaremos la línea de base normativa de la participación en nuestra regulación.

Referirnos la participación a partir de la Constitución Nacional como base de la democracia (y la participación directa que ello involucra) pero además referirnos a la inclusión étnica y cultural, a la promoción del crecimiento armónico y a la promoción de políticas diferenciadas a fin de equilibrar el desigual equilibrio entre provincias y regiones, a la participación a los pueblos indígenas argentinos en la gestión de sus recursos naturales. En este último sentido la Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso:

> *CN Art. 75.17 Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano (…). Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.*

[13] Puede consultarse –entre otros- por ej. FUENMAYOR ESPINA, Alejandro. *El Derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. Análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*, 1 ed., UNESCO, San José Costa Rica, 2004. (http://por tal.unesco. org/es/file _download .php/561ff4 bc2719856c 518427029 6fc48f5el+d erecho+d e+acceso+ de+los+ciu dadanos+a+ la+informacion +public a.pdf).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 206

> *CN Art. 75.19 Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.*

En la *Cláusula Ambiental constitucional* (art. 41 CN) se reconoce el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano y equilibrado; al desarrollo sustentable y el deber de todos los habitantes de preservar el ambiente sano y equilibrado que es donde se asienta el derecho-deber a la participación. Este derecho se complementa con el deber que corresponde a las autoridades: "*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*". Surge de allí una multiplicidad de derechos, derechos que tienen que tienen un obligado: "las autoridades" (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial). Todo lo cual, aunado a la atribución del Congreso de la Nación para el dictado de las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, resulta en una regulación de base (la cláusula ambiental y las leyes de presupuestos mí-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 207

nimos ambientales) con jerarquía similar a la de los códigos de fondo, aunque superior, si consideramos que se encuentra en la primera parte de la Constitución, con su propio nivel: "Presupuestos Mínimos Ambientales" (PMA).

La participación se encuentra ínsita en la cláusula del derecho de los consumidores (art. 43 CN) mediante la cual: *Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a una información adecuada y veraz; las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios*.

La ***Ley de Presupuestos Mínimos Ambientales*** (Ley 25675), en su art 2 enumera l*os objetivos de política ambiental*, encontrándose entre los mismos el de *fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión*".

Vinculando desarrollo sustentable con participación en el proceso de ordenamiento ambiental dispone que se deberá promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable (art. 10).

Dedica un apartado específico a "Participación ciudadana"(arts. 18 a 21) en el que reconoce que *toda persona tiene derecho a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general y que en tal sentido las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente*. Aclara que *la opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública*.

Establece que la *participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 208

Finalmente, en el ***Pacto Federal Ambiental***, concertado por las mismas provincias previamente a la ley de PMA (esta ley solo ratifica dichos acuerdos previos, se acuerda que "*en materia de desarrollo de una conciencia ambiental, los Estados signatarios se comprometen a impulsar y adoptar políticas de educación, investigación científico-tecnológica, capacitación, formación y participación comunitaria que conduzcan a la protección y preservación del ambiente*".

Es a partir de esta base normativa que la participación como derecho se encuentra reconocida y establecida y nada debería hacer suponer que mediante reglamentación se habilite a cercenar tal derecho. El "asegurar la participación" no es armar un anfiteatro para cumplimentar con los requisitos de la norma en un expediente. La "promoción de la participación" no puede ser un formalismo vaciado de contenido, debe ser es participación concreta, posible, cierta, etc. Además, la norma no acota el derecho de participación a un solo instituto: "el de la Audiencia Pública"[14] que, como mecanismo de participación indirecta no vinculante, es un proceso básicamente informativo a pocos pasos del camino entre la toma de decisión y la aprobación, que da muy poco espacio para "participar", al menos como se encuentra implementada -generalmente- hasta el momento.

III.1. La Ley 10208 de Política Ambiental Provincial

Esta ley de PMA "complementaria" amplía e innova en materia de PMA. Como complementaria a la ley 25675 amplia derechos y cuenta con una reglamentación minuciosa para muchos de sus instrumentos. En el caso de la participación, la regulación va más allá del instituto de la Audiencia Pública.

Mediante esta ley se establece la participación ciudadana en los distintos procesos de gestión -como principio general-, debiendo la política ambiental provincial ajustarse al cumplimiento de objetivos, entre los que se encuentra específicamente: "*Promover la participación ciudadana en forma individual y a través de organizaciones no gubernamentales, académicas y científicas, actores y diversos sectores que afecten el ambiente, para la convivencia de las actividades humanas con el entorno, brindando*

[14] El análisis de la Audiencia Pública en términos de eficacia y eficiencia excede esta exposición, si bien realizaré algunos comentarios al cierre.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 209

información ambiental, fortaleciendo las vías de acceso a la información y exigiendo su obligatoriedad en los procesos administrativos de gestión ambiental; La promoción efectiva de la educación ambiental, de la participación ciudadana y de una ciudadanía ambientalmente responsable (art 3. a).

E**n el Capítulo sobre Instrumentos de Política y Gestión Ambiental Provincial, la participación es enumerada concretamente como uno de los instrumentos de política y gestión ambiental, de utilización prioritaria por parte de la Provincia de Córdoba, denominada "*La participación ciudadana para la convivencia ambiental*" (art. 8 e).**

Regula el Ordenamiento Ambiental del Territorio, el cual desarrolla la estructura de funcionamiento global del territorio provincial mediante la coordinación de municipios y comunas con la Provincia, previéndose que el proceso se realizará en forma participativa con todos los actores sociales que conformen los intereses *de los distintos sectores entre sí y de estos con la administración pública, de tal manera que armonice la convivencia entre las actividades humanas y el entorno* (art. 9).

> *PAP. Artículo 11. La Autoridad de Aplicación convocará -en un plazo no mayor a ciento veinte (120) días- a los distintos sectores y actores sociales a un proceso participativo para el desarrollo de la propuesta del Poder Ejecutivo para el Ordenamiento Ambiental del Territorio de la Provincia, considerando todo antecedente existente de organización del uso del suelo en el territorio provincial.*

En el Capítulo IX sobre Control y Fiscalización de las Actividades Antrópicas establece que los instrumentos de supervisión, control y fiscalización tendrán una serie de principios, entre los cuales destacamos el *Principio de Participación Ciudadana: la comunidad provincial es sujeto y objeto del desarrollo sostenible, por lo cual debe transformarse en un agente que se involucra y respalda la supervisión, control y fiscalización ambiental, pues puede participar activamente como agente consciente del carácter de bien común que tiene el ambiente.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 210

Dedica el Capítulo XII a la "Participación Ciudadana para la Convivencia en Materia Ambiental" (arts. 63 a 74) en el cual reconoce *el derecho de todos los ciudadanos a participar y opinar acerca de las acciones, obras o actividades que se desarrollen en el territorio de la Provincia y puedan afectar el ambiente, sus elementos o la calidad de vida de la población. Específicamente asigna el proceso de Participación Ciudadana como parte integrante del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, el cual como proceso de consulta comprende*:

> *a)- Informa a los ciudadanos y promueve el debate sobre el proyecto;*
>
> *b)- Asegura la transparencia de los actos que se realizan en la Administración Pública y promueve el conocimiento, el contenido y los fundamentos de las decisiones;*
>
> *c)- Optimiza la calidad técnica y democrática de la propuesta y de las decisiones;*
>
> *d)- Promueve la apropiación de los beneficios del proyecto por la ciudadanía;*
>
> *e)- Previene los conflictos y contribuye a su solución, y*
>
> *f)- Garantiza la oportunidad para opinar a toda persona o comunidad que pueda ser afectada por los resultados de la realización de un proyecto, obra de infraestructura, industria o actividad.*

El Proceso de Participación Ciudadana, no se agota en un instrumento de participación y se despliega en tres instrumentos:

- *Información y divulgación del proyecto;*
- *Audiencia pública,y*
- *Consulta popularambiental*

A lo largo este capítulo se explica el proceso de audiencia pública que aclara debe ser de participación abierta, obligatoria para todos los proyectos que deban ser sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental y sus resultados deben ser merituados por la Autoridad de Aplicación en oportunidad de expedirse, con *fundamentación técnica*.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 211

Se ocupa de la Consulta popular. Los proyectos *categorizados como de Alta Complejidad Ambiental que genere especial conflicto social deben ser sometidos a consulta popular, conforme al artículo 32 de la Constitución Provincial.* Amplía la posibilidad de exigir la realización de la Consulta Popular Ambiental al Poder Legislativo. Para participar de la misma, están habilitadas todas las personas físicas registradas en el último padrón electoral de la localidad y/o región potencialmente afectadas por la realización del proyecto pudiéndose incluir en la Consulta Popular Ambiental a los habitantes de aquellos municipios o comunas que a través de sus autoridades lo soliciten y fundamenten debidamente esta petición.

Sobre la *Audiencia Pública*, no nos ocuparemos, sólo señalamos que se vincula a proyectos y a políticas, planes y programas sujetos normativamente a la instancia. Como instrumento de participación indirecta, no vinculante y obligatorio en los casos que especifica la norma, se trata de una instancia que, más allá de ser la oportunidad de participar e informar, ha terminado convirtiéndose en el tramite a cumplimentar en materia ambiental para completar expedientes.

El instrumento de *Información y divulgación del proyecto* es la instancia mediante la cual se muestra a la comunidad el proyecto y sus implicancias.

Otra de las instancias de participación que regula -además de estar incluida en la CN- es el *Defensor del Pueblo: "La Autoridad de Aplicación garantizará que toda persona, las organizaciones que las representan y el Defensor del Pueblo de la Provincia de Córdoba tengan instancias de participación para ser escuchados cuando los mecanismos no hayan sido previstos y establecerá los requisitos, oportunidad, plazos y las exigencias de representatividad de la solicitud*" (art. 70).

En esta ley se incluye el deber del Poder Ejecutivo Provincial y sus diferentes áreas ministeriales y de los municipios y comunas de elaborar sus respectivos *diagnósticos en el área competente* y remitir copia a la Autoridad de Aplicación de esta ley para que sean incorporados en el informe anual de la misma, de manera que se puedan realizar *cuadros comparativos* de situación, *facilitando la participación de todos los actores sociales* (art. 88).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 212

Resaltamos que la participación es reconocida como principio y como instrumento y se encuentra desplegada a lo largo de toda la ley. Como puede observarse de su simple lectura, es una ley complementaria de presupuestos mínimos, muy completa, de hecho, la única del país, que actualmente no es implementada en debida forma -al menos en lo que a participación se refiere- conforme a lo que en su texto se lee por las respectivas áreas de gobierno, encargadas de su implementación y observancia -entre otras-.

IV. Participación ciudadana como participación social

La participación ciudadana es dependiente de la legitimidad[15], ya que encuentra su relación en el marco normativo en vigor, encontrándose acotada a tal marco, pero a su vez con las posibilidades de construir desde y a partir del mismo. En materia de participación social es abundante lo que se ha escrito y si bien no es objeto de análisis de este trabajo en particular, si aparece relevante traer algunas notas sobre la participación social, que pudieran servir de disparadores para posicionarnos en ese abismo que se genera entre la regulación y la interpretación por parte de quienes tienen a cargo abrir el campo a la participación. Esta modalidad de participación ciudadana no es la única. La doctrina -especialmente social- despliega la participación social, que -lejos de pretender tratarla aquí- puede ser presentada desde las expresiones de Julia del Carmen Chávez Carapia, quien los aportes que nos ofrecen las características de la Participación social:

La participación social es un proceso de involucramiento de los individuos en el compromiso, la cooperación, la respon-

[15] En términos generales la legitimidad es considerada como la condición de estar ajustado a la ley. Asimismo, "(e)n una primera aproximación, se puede definir la legitimidad como el atributo del estado que consiste en la existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza" (LEVI, Lucio. "Legitimidad", en Diccionario de Política, Bobbio, Norberto - Matteuci, Nicola (Dirs.) Siglo Veintiuno, Méjico, 1985, p. 862; CHIARAMONTE, José Carlos. "El principio de consentimiento y la legitimidad política en las independencias iberoamericanas", Rev. Esc. Hist., v. 7, n. 1, p. 2-20, jun. 2008. Recuperado de . Accedido el 09 feb. de 2019.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 213

> *sabilidad y la toma de decisiones para el logro de objetivos comunes. Es un proceso dinámico, complejo y articulado que requiere una conciencia colectiva para interrelacionar con la particularidad de los sujetos. La participación social es un proceso cíclico, ascendente, dinámico, complejo y articulado en el cual sus integrantes se organizan para compartir responsabilidades; implica diferentes momentos y niveles y en su articulación requiere una interacción establecida y definida en la dinámica que se establece entre sociedad y Estado. La participación comprende como categorías fundamentales: el involucramiento, la cooperación, la toma de decisiones, el compromiso y la conciencia social"*[16].

Estas características que asigna esta autora a la participación social, si bien especifican el concepto, no dejan de incluirla en la relación sociedad-Estado, en línea a la legitimidad de la misma, pero no necesariamente en la construcción de ciudadanía, que implica una construcción colectiva en vistas al bien común desde el reconocimiento de las diversidades, pero siempre desde y en el despliegue del rol ciudadano y en el marco de "lo público". Cuestión ésta que puede presentarse en la participación social, ya que son perspectivas teóricas de la participación, pero que no la caracteriza como tal.

La participación es un hecho complejo, que no se agota en la regulación. La participación ciudadana en cambio sí reconoce ese condicionante, pero es esa característica la que precisamente permite concretarla en relación a proyectos, planes, programa y políticas públicas ambientales en general. Rubio Méndez y Vera Vergara señalan:

> *La comprensión de la Participación Social en sus diferentes interpretaciones y alcances, indica que estamos ante un problema complejo y en extremo abarcador, de profunda ambigüedad conceptual, con distintas significaciones en dependencia de las orientaciones teóricas de quienes intentan definirla y los objetivos de aquellos interesados en aplicarla. El debate teórico, en los espacios académicos, en ocasiones no*

[16] CHÁVEZ CARAPIA, Julia del Carmen. Ob. Cit. p. 52.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 214

> *logra salvar las distancias, ni resolver a tiempo las limitaciones que la diversa y cambiante realidad impone a los planificadores o promotores de proyectos de desarrollo comunitarios en su quehacer cotidiano"*[17].

Rubio Méndez y Vera Vergara -por ejemplo- parten de reconocer a la participación como fenómeno social. Posicionan a la participación desde un "micro contexto comunitario" y se plantean una serie de interrogantes[18] entre los que se encauzan a relacionar participación con construcción cultural[19], lo cual nos permite asentarnos en la identidad de un lugar. Una identidad que no es escindible generalmente de sus habitantes, al conformar una realidad ambiental, que por lo general es defendida por el grupo social que la habita de los avatares del desarrollo, negándose a que su territorio, su patrimonio natural y cultural -y el derecho que ello conlleva- sea alterado por el mal denominado "desarrollo".

La identidad del lugar es ese aspecto que suele ser la nota que mimetiza un paisaje, un territorio con sus habitantes y su color cultural.

Si comprendemos a la participación ciudadana como incluida en la participación social, esta última permite el despliegue de identidades culturales y el reconocimiento de las diversidades que ello implica. Un "desarrollo" que, por lo general, viene a irrumpir para quitar algo de ese lugar y llevarlo a otro, ya sea con grandes intervenciones o de manera extractiva. Esa gente, la "aislada" la que está lejos de las ciudades por opción propia por lo general, la olvidada en muchos casos, es invadida en su realidad ambiental por los que vienen generalmente de lejos y quieren algo que ellos tienen, que forma parte, por lo general, de su patrimonio natural o cultural, de su identidad como habitantes del lugar y ya no solo como ciudadanos.

---

[17] RUBIO MÉNDEZ, David - VERA VERGARA, Vivian. "Comunidad y participación social. Un debate teórico desde la cultura", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, abril 2012. Recuperado de: www.eume d.net/r ev/cccss/2 0/

[18] RUBIO MÉNDEZ, D – VERA VERGARA, V. Ob. Cit.

[19] Ibidem. El trabajo aborda el tema de la Participación Social, en su relación dinámica con la Comunidad y la Cultura, desde el enfoque de la teoría sociológica, permitiendo comprender el proceso a partir de nuevas posiciones teóricas y su reconceptualización desde una dimensión sociocultural integrada.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 215

Es en nombre de tal objetivo que el ciudadano o titular de derechos humanos ve vulnerado, disminuido en sus derechos por el presunto bien mayor llamado "desarrollo", el que por lo general es para "otros" y que además rompe con la identidad del lugar, para continuar con un tipo de sistema que homogeniza y limita los derechos de los lugareños, es decir, los cercena mucho más.

En esta instancia, los derechos humanos ambientales son para otros humanos, no para los que habitan ese lugar que es donde puede desplegarse la participación. Y aparece el conflicto, entre los que no quieren el desarrollo (que será para otros) en su territorio y los otros, los representantes del desarrollo, sus representantes que se apropian de derechos ajenos. Y la participación aparece promovida desde afuera como parte de un trámite administrativo para cumplir con la regulación, cuando debería ser un proceso que surge desde y para la comunidad organizada implicada en la propuesta de cambio, ya que se trata de "su" derecho a la participación (y no del derecho a completar los pasos en un expediente). Lamentablemente, cuando hacíamos referencia a que la ley es implementada en parte, es precisamente porque detrás de la reglamentación, del procedimiento, se perdió la esencia del derecho reconocido, en nuestro caso, a participar. La participación ciudadana ambiental es desvirtuada en su misma base, y solo se consigue separar al ciudadano del derecho humano al ambiente.

En este contexto, el "desarrollo" irrumpe sin instancias reales de participación, y la entropía suele reinar, ya que lejos de viabilizarse el derecho se lo minimiza, perdiéndose a su vez oportunidades de resultados sustentables. Donadei señala:

> *Las lógicas territoriales inducidas por el mercado vienen generando rupturas sociales y fragmentaciones y desequilibrios territoriales, que se visualizan más en un periodo de crisis. El papel de los diferentes actores socio-económicos resulta fundamental, por cuanto están llamados a responder con creatividad, adaptabilidad e imaginación a los desafíos de nuestra época, generando proyectos alternativos, orientados hacia la sostenibilidad al profundizar en las posibilidades que una participación ciudadana efectiva puede tener en la*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 216

> *generación de procesos de transición hacia la sostenibilidad y la equidad territorial*[20].

La lucha de intereses y lo que representan es la base de las "no representaciones", de un vaciamiento de los fines de la democracia y del bien común que debe perseguirse. El bien común se defiende solo. El problema surge cuando el interés individual o sectorial se sobrepone al interés colectivo y al bien común; en un choque inevitable de intereses en el cual muchas veces, de ser legitimo el interés y de vistas al bien común termina no teniendo sustentabilidad en los resultados.

Participación está directamente vinculada con *Democracia* y es permanente, responsable y ética[21], ya que -al menos en Latinoamérica- no basta con elegir representantes, ni con esa acción se extingue el ejercicio del derecho. Participación, en tal sentido, es lucha de intereses históricos, que no se permiten el lujo de seguir delegando sin controles.

> *La participación ciudadana en la toma de decisiones, que se suele traducir, en general, en evitar la aplicación apresurada de innovaciones de las que se desconocen las consecuencias a medio y largo plazo, es hoy un hecho positivo, una garantía de aplicación del principio de precaución, que se apoya en una creciente sensibilidad social frente a las implicaciones del desarrollo tecnocientífico que puedan comportar riesgos para las personas o el medio ambiente (Gil y Vilches, 2004). Y dicha participación reclama un mínimo de formación científica que haga posible la comprensión de los problemas y de las opciones, la necesidad de un planteamiento global que evalúe los riesgos y contemple las posibles consecuencias a medio y largo plazo. Todo ello constituye un argumento decisivo a favor de una alfabetización científica del conjunto de la ciudadanía*[22].

---

[20] DONADEI, Marta. "Conservación de la naturaleza y bienestar humano: El papel de la participación ciudadana en la transición socio-ecológica de la aglomeración urbana de Sevilla", Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2017, p. 367.

[21] V. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley N° 23.054); Carta Democrática Interamericana. Art. 2: "*La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional*".

[22] SOLBES, Jordi, et al. "Papel de las Relaciones entre Ciencia, Tecnología, So-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 217

Sin una efectiva participación desde el empoderamiento ciudadano siempre se estará esperando que la respuesta venga de afuera. La participación hace que las personas se involucren de manera consistente ya que la solución no estará en manos de otros, sino que los implica desde la prevención, en un ejercicio de ciudadanía que exige y fundamentalmente controla.

La participación como manifestación de una cultura, es una actitud social, de accionar concreto ante el conflicto o problema en defensa de lo local; la participación social es acción, es defensa de la calidad de vida, es un proceso, un camino que se transita y no se agota en un paso o en una acción. La actuación es construcción de ciudadanía ambiental. Participación es información, participación es trasparencia, participación es democracia. *Participación, es esa instancia colectiva, mediante la cual se incide desde un interés colectivo y en vistas al bien común en las decisiones de los representantes elegidos democráticamente*.

Algunas reflexiones finales

Hemos optado por listar normativa como forma de no desdibujar lo escrito, lo acordado, lo aprobado; ya que, por lo general, en eso de interpretar las normas, según sea el interés, unos pocos reinterpretan el derecho reconocido a muchos. Estas reflexiones parten de considerar la existencia de tales marcos normativos para luego contrastarlas con la realidad.

La participación no necesariamente -aún en democracia- puede manifestarse en concreto a partir del reconocimiento de derechos humanos y derechos ambientales. El pueblo es quien elige sus representantes en una modalidad de participación directa (derecho-obligación primigenia de la democracia). Ejercido tal derecho -de participación directa- se traslada el poder a los representantes.

La participación ciudadana en la República Argentina debe manifestarse entre jurisdicciones, competencias y organismos que se encargan de reinterpretar los derechos del habitante. Suele ser muda cuando discurre en el interior del interior, alejado de ciudades. Interpretar a esos

ciedad y Ambiente en la Formación Ciudadana", Investigación Didáctica, 2004, 22 (3), p. 339.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 218

habitantes puede evocar derechos humanos, pero difícilmente se entienda qué son los derechos humanos en ese lugar, en ese territorio, en esa cultura, generalmente olvidada de beneficios. Cuando llegan a ser consultados, por lo general, es para restringir sus derechos.

Es en el citado marco normativo -contexto nacional e internacional- que envuelve a la participación, al derecho al medio ambiente y a los derechos humanos, que uno debería decir sin dudarlo, que la participación es un derecho, aunque si mira mejor, se observa alto número de dirigentes ambientales asesinados, encarcelados, etc. Es un signo de que la participación es cosa de "los otros".

En la provincia de Córdoba y su ley 10208 –una de la más especializadas en el país- donde la participación esta mencionada más de 50 veces, por ahora, solo podemos hablar, en concreto, de la participación en proyectos (EIA) que poco tiene que ver con la participación como derecho. Así, suele ocurrir que un ciudadano -que se acerca a ejercer su derecho de información- se presenta en el organismo ambiental a solicitar los proyectos sujetos a EIA -conforme la ley lo habilita- sin éxito alguno, ya que le dan el estudio de impacto ambiental (EsIA) y no el proyecto; lo cual obliga al habitante o ciudadano a tener una posición de Fe y lo que es peor, quieren convencerlo de su sesgada interpretación de la norma. Todo lo cual no es más que un vaciamiento del derecho a la información, o lo que es lo mismo un ejercicio del deber de información vaciado de contenido. Lo cual no termina allí, ya que luego, cuando es el momento de las Audiencias públicas, el ciudadano llega a escuchar como puede una información fraccionada -en el mejor de los casos-, sin datos previos y sin posibilidades de una participación constructiva, ya que lo único que le queda es hacerse escuchar de cualquier manera, generalmente violenta, cuestión esta que suele ser aprovechada por los "emprendedores" para descalificar la participación y lograr concretar el trámite en el marco del expediente administrativo que exige la participación, todo lo cual convierte del derecho en un mero trámite vaciado de contenido y ajeno a los fines para los que fue creado[23].

[23] De nuestra experiencia en la materia, para los casos de participación en la cual los habitantes pudieron informarse e intervenir con preguntas pertinentes, fundadas y aportes concretos, el documento que aprobó la instancia rara vez hizo mención a las observaciones, o a los aportes realizados por la ciudadanía participativa; más raro aún es que sean considerados en el análisis de los resultados de las audiencias. De las lecturas de las resoluciones, mayoritariamente, resulta

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 219

Es aquí donde la capacidad de resiliencia del vecino se encuentra a prueba, donde por lo general es sobrepuesta solo por integrantes de ONGs o colectivos urbanos que se resisten estoicamente a ver disminuidos sus derechos al ambiente sano y equilibrado.

Así, la participación institucionalizada es un trámite y como todo tramite queda en un papel. La otra participación, la de construcción de ciudadanía es la que esperamos se concrete, la de los derechos humanos. Los derechos humanos y los derechos de participación, de información y en general al ambiente que los involucra, pasan por el tamiz de las regulaciones y éstas por la reinterpretación de funcionarios públicos, para finalmente no ser sometidos a ningún mecanismo de control.

Por ahora, el nexo entre los derechos humanos y nuestra realidad en materia de información y participación ambiental *se encuentra inmersa entre los formalismos jurídicos y "deformismos" administrativos*. En ese contexto se desarrolla en nuestro territorio una participación fragmentada, con demasiados silencios y demasiados gritos.

muy feble la fundamentación de la decisión de la autoridad competente.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 220

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 221

LA CULTURA COMO DERECHO HUMANO. LOS DERECHOS CULTURALES Y SU PROTECCIÓN*

CULTURE AS A HUMAN RIGHT. CULTURAL RIGHTS AND ITS PROTECTION

Rafael Consigli**
Laura Susana Rennella***

* *Trabajo presentado el 28 de junio de 2019 y aprobado para su publicación el 23 de julio del mismo año.*

** *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.*

*** *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.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 222

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 223

Resumen: El presente trabajo, tras brindar una aproximación a los conceptos centrales vinculados a los derechos culturales y fundar brevemente la relación entre el Derecho ambiental y el derecho humano en materia de protección cultural, refiere la principal normativa internacional y nacional, como también provee referencias a situaciones prácticas concretas e intervención sobre el patrimonio arqueológico, paleontológico e histórico.

Palabras-clave: Cultura - Derecho Humano - Protección del patrimonio cultural.

Abstract: The present work, after providing an approximation to the central concepts related to cultural rights, and briefly founding the relationship between environmental law and human law in matters of cultural protection, it refers to the main international and national regulations. It also provides references to concrete practical situations and intervention on archaeological, paleontological and historical heritage.

Keywords: Culture - Human Right - Protection of cultural heritage.

Sumario: I.- Cultura: concepto. II.- Derechos Humanos y Derechos Culturales. III. Patrimonio Cultural. IV. La protección de los bienes arqueológicos, paleontológicos e históricos. V. A modo de conclusión.

I. Cultura: concepto

Cuando pensamos en el concepto "cultura", un abanico de relaciones y significaciones se nos representan. Cuando se afirma que la cultura es un Derecho Humano, cabe preguntarse: ¿a qué "cultura" se están refiriendo?, ¿es lo mismo hablar del derecho a la cultura que de derechos culturales?

Existe un abanico de complejidades que conlleva el determinar a la cultura como Derecho Humano, determinar qué significa, qué implica

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 224

entender a la "cultura" como un derecho y a los derechos culturales como derechos humanos, ante todo, es un verdadero desafío.

La transversalidad del concepto de cultura, al igual que la del ambiente, hace que disponga de un extenso campo semántico en el que se engloban: formas de vida, lenguaje, literatura escrita y oral, música, comunicación no verbal, sistemas de religión y de creencias, ritos y ceremonias, deportes y juegos, métodos de producción o tecnología, entorno natural y el producido por el ser humano, comida, vestimenta y vivienda, así como artes, costumbres y tradiciones.

En este sentido, el sociólogo Rodolfo Stavenhagen[1] advirtió tempranamente que -desde los documentos normativos- el empleo de la palabra 'cultura' ha dado lugar a una gran confusión en el contexto de los derechos humanos.

Por un lado, señala el uso de la cultura como "*capital*". Una concepción común "*que identifica la cultura con 'el patrimonio material acumulado de la humanidad en su totalidad, o de grupos humanos particulares, incluidos los monumentos y los objetos hechos por el ser humano. Desde este punto de vista, el derecho a la cultura significa la igualdad de derecho de acceso de los individuos a ese capital cultural acumulado*".

Una segunda concepción, en opinión muy generalizada, entiende a la cultura no como "capital cultural" acumulado o existente sino como "*creatividad*" o como "*el proceso de creación artística y científica*". En consecuencia, afirma que "*en cada sociedad hay determinados individuos que "crean" cultura (o que "interpretan" o "ejecutan" obras culturales). Desde este punto de vista, el derecho a la cultura significa el derecho de ciertas personas a crear libremente sus obras culturales sin restricción alguna, y el derecho de todos a disfrutar de libre acceso a esas creaciones en museos, salas de concierto, teatros, bibliotecas, etc.*".

Por último, el autor señala una tercera concepción de la cultura, que es aquella que proviene de la antropología y la concibe como un "*modo de vida total*". Según ella, la cultura significa "*la suma total de las actividades y productos materiales y espirituales de un grupo social determinado que lo distingue de otros grupos similares*". Entendida de este modo, la cultura es también '*un sistema de valores y de símbolos' coherente e indepen-*

[1] Stavenhagen, R. (2001). "Derechos culturales: el punto de vista de las Ciencias Sociales", en UNESCO, ¿*A favor o en contra de los derechos culturales*? (http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001238/123891s.pdf).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 225

diente y 'una serie de prácticas' que un grupo cultural determinado reproduce a lo largo del tiempo y que proporciona a sus miembros los indicadores y significados necesarios para el comportamiento y las relaciones sociales en la vida cotidiana" (Stavenhagen 2001: 24).

Vemos que en todos los pueblos son portadores de múltiples culturas distintas. Lo que sucede es que las culturas son dinámicas y pueden ir modificándose a lo largo del tiempo, preservando (o no) la identidad que la determina como tal. No se trata de comprender a la cultura como una "cosa" independiente del espacio social donde los sujetos se relacionan, sino la cultura como algo que sujetos en constante cambio construyen, reconstruyen, inventan y reinventan sin cesar. Las costumbres y las tradiciones son elementos intrínsecos de todas las culturas y se inventan y reinventan continuamente para adaptarse a las nuevas circunstancias históricas.

El autor afirma que "*aunque se confiere existencia objetiva a las 'culturas' (esto es, la gente nace dentro de una cultura, los grupos sociales se identifican por sus respectivas culturas), éstas son también construidas y configuradas subjetiva y diversamente por un sinnúmero de individuos en interacción social constante*" (Stavenhagen 2001: 25).

II. Derechos Humanos y Derechos Culturales

En consonancia con esta afirmación, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación N°21 de 2009 en relación al artículo 15, párrafo 1 a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturas, sobre derecho de toda persona a participar en la vida cultural, sostiene que: "*el concepto de cultura no debe entenderse como una serie de expresiones aisladas o compartimientos estancos (…)*", es decir, que innegablemente el concepto tiene (y debe tener) en cuenta la individualidad y la alteridad de la cultura como creación y producto social. Asimismo, ha expresado: "*Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos y, al igual que los demás, son universales, indivisibles e interdependientes. Su promoción y respeto cabales son esenciales para mantener la dignidad humana y para la interacción social positiva de individuos y comunidades en un mundo caracterizado por la diversidad y la pluralidad cultural*".

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 226

Evidentemente, no quedan dudas de que la cultura es inherente a lo humano y en tanto tal, es incuestionable su reconocimiento como Derecho Humano y no desde una perspectiva jerárquica -jurídicamente hablando-, sino por tener una función primordial y endémica, como es la de identidad y transversalidad destacada de una sociedad, aunque, como Derecho Humano no dependa de una disposición escrita o contenida en una ley para su reconocimiento.

A nivel normativo, y haciendo un paneo general, podemos ver que la historia del reconocimiento jurídico de los Derechos Humanos coincide con la historia de las luchas por la emancipación, la igualdad y la autonomía, aunque algunos referentes reconozcan que la categoría de los llamados "derechos culturales", es quizás una de las más olvidada dentro del universo de los Derechos Humanos.

No obstante, son numerosos los instrumentos de protección que se han producido en el seno del Derecho Internacional sobre los Derechos Humanos y que su sola cita sería excesiva para este marco. Basta analizar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 para pensar a los Derechos Humanos como un repertorio de libertades y derechos inherentes a cada uno de los seres humanos sobre la base de su igualdad y dignidad personal y social, o bien mencionar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su Observación General 21 (2009) explica la trascendencia que tiene la cultura para la dignidad humana, y por ende, su incorporación dentro del apartado de los Derechos Humanos, al precisar que "*refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades (…)*".

Esta perspectiva nos obliga a mirar de manera local y ver que en Argentina desde la sanción de la Ley Nacional 9080 en 1913, el Estado es quien siempre ha determinado qué proteger, por quién y con qué propósitos, marginando a sectores minoritarios o segregados como lo son las comunidades indígenas. Recién a partir de 1983 se propicia un cambio de ideología, enfatizándose el carácter de "Nación pluricultural", reafirmado tras la reforma de la Constitución Nacional en 1994 al reconocer la preexistencia de los pueblos indígenas u originarios.

Si bien es cierto que el sistema internacional de Derechos Humanos parte del presupuesto de que cada Estado debe reglamentar de confor-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 227

midad con su derecho interno las normas internacionales a fin de asegurar un piso mínimo de garantías para el acceso y disfrute de los derechos, no es menos importante resaltar que, en la actualidad, la eficacia y eficiencia del Estado como guardián y custodio del Patrimonio Cultural como Derecho Cultural, se encuentra inmerso en una coyuntura de ajustes y recortes los cuales no deben servir de justificativo para omitir el necesario y debido replanteo general que debe hacer, tomando como Norte lo expresado por el Consejo de Derechos Humanos[2] en su período de sesiones de marzo 2018, por el cual: "*(e)xhorta a todos los Estados a que respeten, promuevan y protejan el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, incluida la capacidad de acceder al patrimonio cultural y disfrutar de él (…)", "(…) se formulen planteamientos participativos e inclusivos para prevenir y mitigar los daños al patrimonio cultural, tanto material como inmaterial (…)", "(…) se reconozca la protección del patrimonio cultural como un elemento importante de la asistencia humanitaria*".

El Estado debe asumir el desafío de posicionar a los derechos culturales -como Derechos Humanos-, como un eje transversal de las políticas públicas porque estos derechos están presentes en todos los ámbitos de la vida sociopolítica de cada ciudadano, y el Estado debe cumplir con una función no solo de protección efectiva, sino además trabajar los derechos culturales de manera transversal con los demás derechos existentes como los sociales, civiles, económicos, porque en definitiva la cultura "*refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades (…)*" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 21 (2009).

III. Patrimonio Cultural

En consonancia con lo anterior, podemos focalizar dentro de los Derechos Culturales y su protección, la importancia que tiene para toda sociedad el *patrimonio cultural*.

[2] El Consejo está conformado por 47 Miembros. Argentina lo ha conformado en los períodos 2006-2007, 2008-2011, 2012-2015 y ha sido elegida para la etapa 2018-2021 (https://www.ohc hr.org/SP/ HRBodies/ HRC/Page s/Home.aspx).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 228

El patrimonio de un pueblo está conformado por todos los bienes materiales e inmateriales, heredados o adquiridos, construidos, muebles e inmuebles, históricos y contemporáneos, que le pertenecen y que tienen para su comunidad valor testimonial y de identidad.

En el mismo sentido, para la UNESCO, el Patrimonio Cultural comprende las obras de sus artistas, arquitectos, músicos, escritores y sabios, así como las creaciones anónimas surgidas del alma popular, y el conjunto de valores que dan sentido a la vida, es decir, las obras materiales y no materiales que expresan la creatividad de ese pueblo: la lengua, ritos, creencias, música, lugares y monumentos históricos, literatura, obras de arte, archivos y bibliotecas.

Dentro de este Patrimonio haremos hincapié en lo más tangible, es decir, construcciones, lugares y objetos. Nuestro país en general y cada provincia en particular poseen un rico patrimonio cultural arqueológico, paleontológico o histórico que es necesario proteger y que forma parte de nuestro pasado, por lo que el deterioro o daño sufrido por una intervención no autorizada o, peor aún, su comercialización o venta ilegal a otras provincias o países, significará la pérdida de una parte de nuestra identidad.

IV. La protección de los bienes arqueológicos, paleontológicos e históricos

Por patrimonio arqueológico consideraremos todo lo relacionado o perteneciente a antiguas poblaciones que habitaron una región, también llamados pueblos originarios. En cambio, cuando hablemos de restos paleontológicos, nos referiremos a los fósiles de la flora y fauna que habitaron nuestra región hace miles o millones de años. Es muy importante aclarar desde el comienzo que todos estos bienes son de dominio del Estado (art. 235. h) del CCyC), no de los particulares, aun cuando ellos sean propietarios de la tierra donde se encuentran.

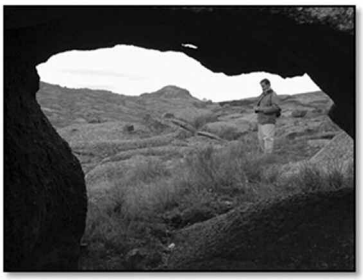
Veamos, a través de algunas imágenes, ejemplos de Patrimonio arqueológico, paleontológico e histórico para tener una idea más clara de lo que comprenden:

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 229

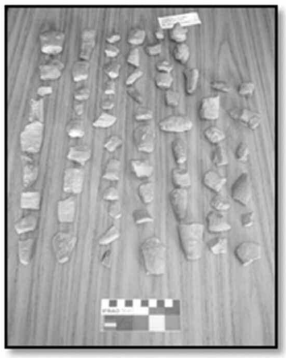
Patrimonio arqueológico

- restos óseos humanos (esqueletos, huesos, fragmentos)

- construcciones o viviendas de antiguos habitantes o pueblos originarios



- vasijas, cerámicas, urnas y piezas varias de alfarería



OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 230

- piezas líticas (morteros fijos o móviles, conanas, hachas, puntas de flecha, torteros, bolas perdidas, boleadoras, etc.)

- pinturas rupestre

- petroglifos (grabados en piedra)

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 231

Patrimonio paleontológico

- restos fósiles de flora y fauna, esqueletos o caparazones de la megafauna, etc.

Patrimonio histórico

-construcciones, inmuebles, ruinas, estructuras, lugares, obras de arte, objetos antiguos

En el siguiente gráfico podremos observar más claramente su contenido:

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 232

Marco legal a nivel nacional

Como podremos apreciar en este punto, la normativa nacional al respecto es abundante. Enumeramos la misma para conocer su existencia, pero sólo desarrollaremos más ampliamente la última de las nombradas, la ley 25743 de Protección del patrimonio arqueológico y paleontológico.

Las principales normas son las siguientes:

- Constitución Nacional. Art. 41 y 75 (inc. 17, 19 y 22)
- Código Civil. Art. 2339 y 2340 (inc. 9)
- Código Penal. Art. 23, 175, 183, 184, 186 al 189
- Ley 11723 Ley de Propiedad intelectual
- Ley 12665 Creación de la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos
- Ley 15930 Archivo General de la Nación
- Ley 19943 Convención sobre Prohibición de Importación, Exportación y Transferencia Ilícita de Bienes Culturales
- Ley 21499 Régimen Nacional de Expropiaciones
- Ley 21836 Aprobación de Convención sobre Protección del Patrimonio Cultural y Natural de la UNESCO
- Ley 23302 Comisión Nacional de Asuntos Indígenas para Protección y Apoyo a Comunidades Aborígenes
- Ley 23351 Comisión Protectora de Bibliotecas Populares
- Ley 23578 Adhesión al Centro Internacional de Estudios de Conservación y Restauración de Bienes Culturales
- Ley 23618 Aprueba Convención para Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado
- Ley 24633 Circulación Internacional de Obras de Arte
- Ley 24993 Protocolo de Integración Cultural del Mercosur
- Ley 25197 Régimen del Registro del Patrimonio Cultural
- Ley 25257 Convención del UNIDROIT sobre Objetos Culturales
- Ley 25517 Restitución de Restos Aborígenes
- Ley 25568 Aprueba Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico, Artístico de las Naciones Americanas. Convención de San Salvador. OEA
- Ley 25607 Difusión de los Derechos de los Pueblos Indígenas

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 233

- Ley 25743 Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico

Ley 25743 Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico

Dentro de la numerosa normativa existente en nuestro país abordaremos con más detalle la Ley Nacional N° 25743/03: Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico. De su lectura se desprenden muchos conceptos que nos ayudarán a conocer y profundizar esta temática específica. Citamos algunos de ellos:

- Forman parte del *Patrimonio Arqueológico* las cosas muebles e inmuebles o vestigios de cualquier naturaleza que se encuentren en la superficie, subsuelo o sumergidos en aguas jurisdiccionales, que puedan proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron el país desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes (art. 2).

- Forman parte del Patrimonio Paleontológico los organismos o parte de organismos o indicios de la actividad vital de organismos que vivieron en el pasado geológico y toda concentración natural de fósiles en un cuerpo de roca o sedimentos expuestos en la superficie o situados en el subsuelo o bajo las aguas jurisdiccionales (art. 2).

- Los bienes arqueológicos y paleontológicos son del *dominio público del Estado nacional, provincial o municipa*l, según el ámbito territorial en que se encuentren, conforme a lo establecido en los art. 2339 y 2340 inciso 9 del Código Civil y por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional (art. 9).

- Los materiales arqueológicos y paleontológicos procedentes de excavaciones realizadas mediante concesiones o resultantes de decomisos pasarán a poder del Estado nacional, provincial o municipal, según correspondiere, quedando los organismos de aplicación facultados a darle el destino que consideren más adecuado y a fijar los espacios que reúnan los requisitos de organización y seguridad indispensables para su preservación (art. 10).

- Toda persona física o jurídica que practicase excavaciones con el objeto de efectuar trabajos de construcción, agrícolas, industriales u otros de índole semejante, está obligada a denunciar al organismo competente

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 234

el descubrimiento del yacimiento y de cualquier objeto arqueológico o resto paleontológico que se encontrare en las excavaciones, siendo responsable de su conservación hasta que el organismo competente tome intervención y se haga cargo de los mismos (art. 13).

- Para realizar cualquier tipo de prospecciones e investigaciones en yacimientos arqueológicos o paleontológicos del territorio nacional es necesario obtener previamente una concesión de la autoridad competente, correspondiente al ámbito jurisdiccional en que se encuentren los yacimientos donde se efectuarán los estudios (art. 23).

- El propietario del terreno, o quien esté en el uso y goce de ese derecho, está facultado ante quien pretenda hacer excavaciones dentro del predio donde se encuentren vestigios arqueológicos muebles o inmuebles o restos paleontológicos, a exigir que acredite por escrito la concesión otorgada, sin la cual no permitirá que éstas se lleven a cabo (art. 29).

- Todos los monumentos, objetos arqueológicos y restos paleontológicos que se descubran en el proceso de la investigación son del dominio público del Estado nacional, provincial o del Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, según corresponda. Los concesionarios podrán obtener la tenencia temporaria de los objetos procedentes de las investigaciones para su estudio durante un término no mayor de dos (2) años, a cuyos efectos deberán señalar el lugar donde estén depositados (art. 30).

- Cuando los vestigios arqueológicos o paleontológicos se encuentren en terrenos de propiedad privada, la autoridad competente acordará con sus propietarios lo necesario para facilitar el estudio y/o preservación del yacimiento (art. 35).

- Las personas que realicen por sí mismas, u ordenaren realizar a terceros, tareas de prospección, remoción o excavación en yacimientos arqueológicos y paleontológicos *sin solicitar la correspondiente concesión* ante la autoridad competente, serán pasibles de multa, la que se fijará de acuerdo a la magnitud de la alteración realizada y el decomiso de todos los objetos de naturaleza arqueológica o paleontológica que hayan sido reunidos, aunque se encuentren en posesión de terceros que aleguen adquisición de buena fe. Si por el grado de deterioro hubiera pérdida irreparable para el patrimonio cultural del Estado, el organismo competente deberá denunciar a la Justicia a los infractores, a los efectos de que ésta

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 235

determine si están incursos en el delito de daño (art. 183 y 184 inciso 5 del Código Penal). (art. 39).

- Las personas que, por cualquier motivo, descubran materiales arqueológicos o paleontológicos en forma casual en la superficie o seno de la tierra o en superficies acuosas, deberán denunciarlos y entregarlos de inmediato al organismo competente o, en su defecto, a la autoridad policial más cercana, la que deberá comunicarlo al referido organismo. La omisión del deber de denuncia y ocultamiento hará pasibles a sus autores de un apercibimiento y, si mediare reincidencia, de una multa. En todos los casos procederá el decomiso de los materiales reunidos. (art. 40°).

- Las personas que, con posterioridad a la promulgación de la presente ley, se apropien y/o comercialicen objetos arqueológicos y/o paleontológicos y aquellos que los recibieren, aunque aleguen buena fe, serán pasibles de una multa y el decomiso de los bienes. Cuando se tratare de ventas llevadas a cabo en establecimientos comerciales se dispondrá además la clausura temporaria de los mismos, siendo procedente la clausura definitiva en caso de reincidencia (art. 43).

- Serán pasibles de multa los particulares o instituciones públicas o privadas que trasladen o faciliten el traslado de materiales arqueológicos o paleontológicos, para cualquier finalidad, dentro del territorio nacional, sin la previa autorización del organismo competente local donde estén radicados los materiales (art. 44).

- De los delitos y sus penas. Será reprimido de un (1) mes a un (1) año de prisión o de reclusión y con inhabilitación especial de hasta tres (3) años, el que realizare por sí, u ordenare realizar a terceros, tareas de prospección, remoción o excavación en yacimientos arqueológicos y paleontológicos (art. 46°). Si durante la comisión del hecho descrito en la norma precedente, se produjere un deterioro en los objetos ocasionándose una pérdida irreparable para el patrimonio cultural del Estado, se estará incurriendo en el delito de daño prescripto en los artículos 183 y 184 del Código Penal (art. 47).

- Será reprimido con prisión de dos (2) meses a dos (2) años y con inhabilitación especial de hasta cinco (5) años el que transportare, almacenare, comprare, vendiere, industrializare o pusiere en el comercio, de cualquier modo, piezas, productos o subproductos provenientes de yacimientos arqueológicos y paleontológicos nacionales e internacionales

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 236

(art. 48). La tentativa de exportación e importación del territorio nacional de piezas, productos o subproductos arqueológicos o paleontológicos y colecciones arqueológicas o paleontológicas, será pasible de las penas previstas para el delito de contrabando establecidas en los artículos 863 y concordantes del Código Aduanero (art.49).

Intervenciones sobre el Patrimonio Cultural

Todas las intervenciones efectuadas sobre el Patrimonio Cultural nos enfrentan con nuestro pasado, de ahí la importancia de realizarlas de la mejor manera posible a fin de lograr la conservación del entorno y de los objetos hallados para que los especialistas puedan reconstruir la historia.

Tanto las excavaciones como el traslado de piezas y objetos, las restauraciones de bienes y cualquier otra actividad que esté relacionada al Patrimonio deben contar necesariamente con la autorización respectiva para llevarlas a cabo.

En los casos que se detectan irregularidades ante las situaciones expuestas (excavaciones ilegales, tenencia, transporte, hallazgos, etc.) resulta conveniente poner en conocimiento a la Autoridad Judicial correspondiente a la jurisdicción donde suceda el hecho. Ésta requerirá posteriormente la colaboración del organismo encargado de Patrimonio Cultural a los fines de identificar los objetos hallados, verificar si la actividad se estaba realizando con autorización y encuadrar la acción llevada a cabo en la normativa específica vigente u otra figura prevista en el Código Penal (por ejemplo: robo, hurto, daño).

La tarea específica del personal de seguridad -además de la custodia de dichos bienes- es la de confeccionar el Acta donde quedará asentada la descripción y enumeración de los objetos en cuestión y las acciones llevadas a cabo por las partes intervinientes: funcionarios, particulares, arqueólogos, técnicos y especialistas designados por la autoridad de aplicación.

En el caso de hallazgos, excavaciones e investigaciones de yacimientos arqueológicos y paleontológicos, también se requerirá la autorización del Organismo de aplicación provincial o nacional según corresponda a la jurisdicción en que nos encontremos. Para citar un ejemplo, la Uni-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 237

versidad es una Institución de estudio e investigación, no es autoridad de aplicación en la materia. Podrá realizar excavaciones, traslados y otras tareas específicas siempre que cuente con la autorización mencionada del Área de Patrimonio Cultural nacional, provincial o municipal respectiva.

En el caso de transporte en vía pública de restos arqueológicos, paleontológicos o de piezas u objetos declarados históricos o de interés provincial, también se debe contar con autorización escrita de traslado.

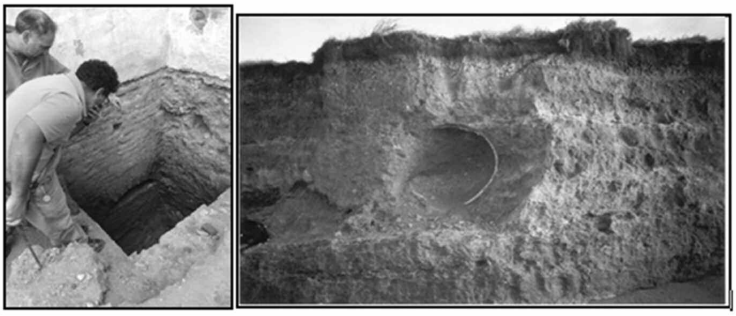
Algunos ejemplos y casos relevantes en la Provincia de Córdoba

Son muy diversas las situaciones relacionadas a la protección del Patrimonio Cultural que se pueden presentar en la realidad, por ejemplo: hallazgo de piezas u objetos, excavaciones de sitios arqueológicos sin autorización, destrucción de restos arqueológicos por obras civiles o explotaciones mineras, tenencia o comercialización ilegal de piezas y colecciones arqueológicas, robo de imágenes religiosas de capillas rurales, robo de cuadros y obras de arte de museos y casas particulares, intervenciones o refacciones no autorizadas en monumentos históricos, etc. Pasamos a mencionar algunos casos ocurridos.

Hallazgos de restos arqueológicos, paleontológicos o históricos

En distintas oportunidades se han producido hallazgos de restos arqueológicos, paleontológicos y construcciones históricas, paralizándose las operaciones de excavación o construcción, a fin de preservar el entorno y los bienes hasta la llegada de personal técnico especializado de Patrimonio Cultural para su evaluación. En las fotografías podemos observar el hallazgo de una acequia de riego de origen jesuita mientras se excavaban los cimientos para la construcción de un edificio de propiedad horizontal y un caparazón de gliptodonte -especie de la megafauna que habitó nuestro territorio hasta hace unos 10.000 años- hallado en una barranca erosionada.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 238



Tenencia de colecciones, objetos o piezas arqueológicas o paleontológicas

Es muy común la tenencia en manos de particulares de piezas u objetos pertenecientes a culturas que habitaron antiguamente nuestro país y naciones vecinas. Pasado un tiempo suelen desprenderse de sus colecciones entregándolas a Patrimonio Cultural para su resguardo. Esto ocurre generalmente cuando fallece su propietario y los descendientes ya no desean poseer esos objetos. El personal interviniente en estos casos labra un Acta de todas las piezas entregadas, las que previamente han sido identificadas por técnicos especializados, procediendo a su embalaje y traslado a Museos o depósitos que designe la autoridad de aplicación. En las imágenes podemos observar distintas piezas líticas, cerámicas y un cuerpo momificado de una antigua cultura que habitó el norte argentino.

Comercialización de piezas, objetos arqueológicos, paleontológicos o históricos

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 239

Asimismo, es frecuente constatar la comercialización de bienes arqueológicos o paleontológicos en mercados, ferias y casas de antigüedades. En estas situaciones se ha dado participación a la autoridad judicial y Patrimonio Cultural para el secuestro y traslado de las piezas. El caso que ilustramos corresponde a una casa de venta de antigüedades donde se exponían para su comercialización piezas diversas como morteros, conanas, semillas petrificadas y material lítico de antiguas culturas.

Excavaciones de sitios arqueológicos sin autorización

En otras situaciones se han constatado excavaciones de sitios arqueológicos sin autorización de Patrimonio Cultural, por lo que se han detenido dichas tareas procediendo al labrado de un Acta donde se ha identificado a los responsables, detallando las labores realizadas y poniendo en conocimiento a la autoridad de aplicación.

¿Cuál es la característica primordial que diferencia una excavación ilegal de una llevada a cabo con autorización? En la primera sólo interesa el objeto a extraer. En cambio, en una excavación llevada a cabo por personal técnico especializado se siguen métodos científicos para la prospección, excavación y remoción de las piezas. Además, se tiene en cuenta todo el entorno para extraer información complementaria, avanzando por etapas para no obviar o alterar ningún detalle y relevando cada dato encontrado ya que puede brindar referencias valiosas para la investigación.

En las fotos podemos observar a personal de Patrimonio Cultural de la provincia realizando tareas de excavación y recuperación en un sitio arqueológico y en un monumento histórico.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 240

Destrucción de sitios arqueológicos por obras civiles

También es frecuente constatar que durante el desarrollo de obras civiles (construcción de caminos, puentes, viviendas, edificios, etc.) se destruyen vestigios de pueblos originarios u objetos históricos. En caso de detectar tales situaciones se debe actuar con el mismo criterio del punto anterior, determinando los especialistas si las piezas u objetos pueden extraerse o si el proyecto original de la obra debe modificarse a fin de salvaguardar el patrimonio cultural.

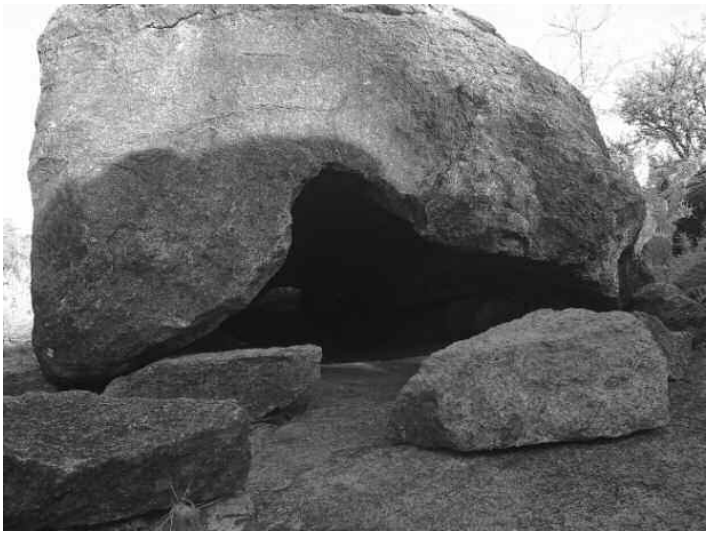
OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 241

En las imágenes siguientes podemos observar la construcción de una ruta que produjo daños de consideración a un importante sitio arqueológico. Con la intervención de Patrimonio Cultural se logró detener temporariamente el avance de la obra hasta que personal especializado efectuara el relevamiento del terreno logrando desviar el trazado original en tres sectores a fin de proteger construcciones coloniales y prehispánicas y, además, realizar la mitigación de los daños arqueológicos producidos. En la restante imagen, la construcción de un puente vial sobre un curso hídrico provocó la destrucción parcial de un sitio arqueológico y un paso natural de carretas de la época colonial.

Destrucción de sitios arqueológicos por explotaciones mineras

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 242

En algunas provincias del país existen explotaciones mineras en zonas de aleros graníticos que sirvieron de refugio y vivienda a los pueblos originarios, dejando en ellos pictografías o petroglifos como testigo de su pasado. La forma de proceder es similar a la ya comentada poniendo en conocimiento a la autoridad judicial y a Patrimonio Cultural.



Robos de obras de arte, imágenes u objetos religiosos o históricos

En estas circunstancias lo primordial consiste en consultar inmediatamente con la autoridad judicial debido a la rapidez de los hechos y al

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 243

valor histórico y económico que representan, dando también participación al Organismo especializado en patrimonio cultural.

Intervenciones no autorizadas en monumentos históricos

Con cierta frecuencia se toma conocimiento de refacciones o intervenciones en monumentos o lugares históricos sin la debida autorización. En tal situación también se da participación a Patrimonio Cultural a fin de verificar los hechos y asumir la responsabilidad que le compete.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 244

V. A modo de cierre

A modo de síntesis, podemos concluir que nuestro país y cada provincia en particular poseen un rico patrimonio cultural que debemos conservar para las generaciones venideras. También la legislación es abundante pero la sociedad en general aún no ha tomado la debida conciencia de la importancia de su conservación. Los daños producidos a otros recursos naturales pueden subsanarse de alguna manera, pero cuando se ocasionan a bienes u objetos del patrimonio cultural, el deterioro es casi definitivo. De esta manera estamos destruyendo nuestra historia, nuestro propio pasado que se nos va.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 245

VINCULACIÓN ENTRE DERECHO AMBIENTAL Y DERECHOS HUMANOS EN LAS NACIONES UNIDAS*

LINK BETWEEN ENVIRONMENTAL LAW AND HUMAN RIGHTS IN THE UNITED NATIONS

Zlata Drnas De Clément**

* *Trabajo presentado el 17 de mayo de 2019 y aprobado para su publicación el 26 de junio del mismo año.*

** *Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Catedrática de Derecho Internacional Público y Profesora Emérita en las Universidades Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba. Directora del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 246

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 247

Resumen: El trabajo presenta una breve introducción en la que refiere la evolución de la preocupación en Naciones Unidas por la relación entre derechos humanos y derecho ambiental, deteniéndose en ciertos instrumentos jurídicos y en la labor del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Palabras-clave: Naciones Unidas – Derechos Humanos – Derecho Ambiental – Interrelación.

Abstract: The paper presents a brief introduction which refers the evolution in the United Nations of the relationship between human rights and environmental law, stopping in certain legal instruments and in the work of the United Nations Human Rights Council.

Keywords: United Nations - Human Rights - Environmental Law – Interrelation.

Sumario: Introducción. II.-Percepción del relacionamiento entre Ambiente y Derechos Humanos. Etapas. III. Algunos instrumentos que vinculan Ambiente y Derechos humanos. IV.-Mandato sobre derechos humanos y ambiente. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

La Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), observando las profundas mutaciones en el medioambiente como consecuencia de la actividad del ser humano y de los procesos de industrialización, ya en 1968 (Res. 2398/XXIII) convocó a Conferencia Internacional[1] a llevarse a cabo en Estocolmo en 1972 para tratar globalmente la cuestión. La Declaración de Principios de Estocolmo, en su numeral primero, expresa:

[1] Resolución 2398 (XXIII) de 3 de diciembre de 1968. Esa misma Resolución encomendó al Secretario General de la ONU (SG) que recogiera datos de la situación ambiental en el mundo y propusiera las medidas de protección pertinentes. En su Informe "El Hombre y su Medioambiente", el SG reconoce que la crisis ambiental tiene alcances globales y que en caso de continuar ese proceso la vida humana sobre la tierra se vería amenazada.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 248

"*Principio I. El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras*". Siguiendo esa misma percepción, la Conferencia Internación de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, en el principio primero de su Declaración, establece: "*Los seres humanos (…) tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza*". A partir de allí las bases de relacionamiento entre Ambiente y Derechos Humanos ha ido abriendo sus perspectivas y formas de tratamiento.

En agosto de 1989, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (más tarde llamada Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos), órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos, encargó la elaboración de un estudio sobre la degradación del medio ambiente y su relación con los derechos humanos. El informe final fue presentado en 1994 por Fatma Zohra Ksentini y ofreció por primera vez a la Subcomisión la posibilidad de estudiar exhaustivamente los problemas del medio ambiente, prestando especial atención a su relación con los derechos humanos[2]. El informe Ksentini fue el primer trabajo que analizó la interconexión ambiente y derechos humanos. La principal conclusión del informe es que los derechos ambientales ya forman parte de las normas y principios existentes de derechos humanos, y que son reconocidos a nivel nacional, regional e internacional[3]. El informe presentó un conjunto de principios sobre los derechos humanos y el medio ambiente, informe que no dio lugar a medidas ulteriores.

La Subcomisión encargó otros trabajos, entre ellos: *en 1997 a El Hadji sobre el derecho de todos a disponer de agua potable y servicios de saneamiento, concluyendo el Informe de 1998 que el derecho al agua era "indispensable para la vida de toda persona" y estaba estrechamente vinculado a la existencia de la propia vida humana y a derechos fundamentales como los relativos a la salud y la vivienda. Señaló también la relación entre el agua, por un lado, y la paz y la seguridad, por otro lado, puesto que la escasez de recursos hídricos y la falta de acceso al agua po-

[2] E/CN.4/Sub.2/1994/9.
[3] A/HRC/19/34.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 249

table y a servicios de saneamiento provocaban conflictos armados. El acceso al agua también estaba relacionado con los derechos culturales y colectivos de los pueblos.

La Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 1990/41, expresó por primera vez su interés en estudiar la relación entre la conservación del medio ambiente y la promoción de los derechos humanos. Encomendó sucesivos estudios sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos; sobre las discriminaciones étnicas, inclusive los pueblos indígenas y marginados; los efectos sobre los derechos humanos de las consecuencias ambientales de actividades de empresas trasnacionales y otras empresas.

El Consejo de Derechos Humanos (que reemplazó a la Comisión de Derechos Humanos[4]), desde su creación en marzo de 2006, ha aprobado varias resoluciones pertinentes para el estudio de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, especialmente, en lo relativo al cambio climático, al vertido de residuos tóxicos, el derecho a la alimentación, diversidad biológica, sostenibilidad del sistema, el problema de los desplazados, etc. El Relator Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos ha definido cinco situaciones causantes de desplazamiento que pueden atribuirse al medio ambiente: a) el aumento de desastres hidrometeorológicos (huracanes, inundaciones o corrimientos de tierra); b) la degradación del medio ambiente y desastres de evolución lenta (desertificación, hundimiento de las zonas costeras o aumento de la salinización de las aguas subterráneas y el suelo); c) el hundimiento de pequeños Estados insulares; d) el desplazamiento de personas de zonas de alto riesgo; y e) la violencia y los conflictos armados debidos a la escasez de recursos como el agua o la tierra habitable. Señaló i.a. que las empresas que más contaminaban operaban los siguientes sectores: productos farmacéuticos y químicos; alimentos y bebidas; productos de venta minorista y de consumo; manufactura pesada; infraestructuras y servicios públicos; extracción; y agricultura. Esas empresas eran las más frecuentemente acusadas de tener consecuencias negativas para el dere-

[4] El Consejo de Derechos Humanos es un órgano de la Asamblea General de Naciones Unidas, creado en 2006 (47 miembros) y que reemplaza a la Comisión de Derechos Humanos que había sido creada en 1947 bajo la órbita del Consejo Económico y Social.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 250

cho a la salud de las comunidades locales. En concreto, se estimaba que muchas habían superado el techo permitido para las tasas de producción de gases contaminantes que causan el calentamiento global, con graves efectos transfronterizos[5].

II. Percepción del relacionamiento entre Ambiente y Derechos Humanos. Etapas

En una *primera etapa*, los vínculos entre Derecho Ambiental y Derecho Humanos han entendido a la protección del medio ambiente como una condición previa para el disfrute de los derechos humanos, especialmente los derechos a la vida y la salud. Es decir, se ha percibido a la *protección del medio ambiente como instrumento esencial para el disfrute efectivo de los derechos humanos*. Klaus Töpfer, Director Ejecutivo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en su declaración ante el 57º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos expresó: "*los derechos humanos no pueden garantizarse en un entorno degradado o contaminado*". Consideraba que el derecho fundamental a la vida está amenazado por la degradación del suelo, la deforestación, por la exposición a sustancias químicas tóxicas, por desechos peligrosos, por agua potable contaminada, etc. Las condiciones ambientales permiten determinar hasta qué punto las personas disfrutan de sus derechos humanos básicos[6].

En una *segunda etapa*, la percepción de la relación entre Ambiente y Derechos humanos varió. Ello se observa en ciertos enunciados de la Declaración de Río de 1992 y en acuerdos ambientales multilaterales a partir de 1992. En lugar de ver la protección del medio ambiente como un elemento esencial de los derechos humanos, considera que *ciertos derechos humanos resultan elementos esenciales para lograr la protección del medio ambiente*. Esta visualización es instrumentalista y formula el vínculo Ambiente -Derechos humanos desde lo procedimental. Por ejemplo, el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 ya al inicio de su enunciado hace presente que el acceso a la información, la participación pú-

[5] A/HRC/10/13 y A/HRC/17/31.

[6] SHELTON, D. *Human rights, health and environmental protection: Linkages in law and practice*, A Background Paper for the WHO (https://www.w ho.int/hhr/infor mation/Human _Rights_Hea lth_and_Env ironmen tal_Protection .pdf). (Consulta de 15 de noviembre de 2018).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 251

blica y el acceso a procedimientos judiciales y administrativos efectivos, incluidos el resarcimiento de daños y la reparación, deberían garantizarse "porque es el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales".

El enfoque en la *tercera etapa* que transitamos considera que los vínculos entre *Ambiente y Derechos humanos son indivisibles e inseparables* y, por lo tanto, postula el derecho a un medio ambiente seguro y saludable como un *derecho humano sustantivo independiente (derecho humano ambiental*[7]*).* En la actualidad, los ejemplos de esto se encuentran principalmente en la legislación nacional y en los tratados regionales de derechos humanos y ambientales.

III. Algunos instrumentos que vinculan Ambiente y Derechos humanos

Tratados y Declaraciones

No podemos detenernos en este tema, sólo señalar unos pocos instrumentos sobresalientes del ámbito de las Naciones Unidas -a más de las Declaraciones de Estocolmo de 1972 y de Río de 1992 ya sintéticamente referidas- entre ellos:

- La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), que en su art. 25 proclama -entre otros- el derecho de toda persona y su familia a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar.

- El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966) que se ocupa indirectamente del tema al consagrar del derecho a condiciones de trabajo seguras y saludables (art. 7); el derecho de los niños y jóvenes a estar

[7] *La Enciclopedia Elgar de Derecho Ambiental* señala nuevas perspectivas para la relación de Ambiente y Derechos Humanos: la identificación de las fuentes legales fundamentales para la protección de los derechos humanos y el medio ambiente, el reconocimiento de la indivisibilidad de los derechos humanos y el derecho ambiental, la centralidad del derecho a la dignidad humana y la singularidad de las particularidades geográficas. V. MAY, J.R. – DALY, E. (Eds.) *Human Rights and the Environment Legality, Indivisibility, Dignity and Geography*, Elgar Encyclopaedia of Environmental Law Series, Vol. VII, 2019.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 252

libres de trabajo perjudicial para su salud (art. 10); del derecho a la salud, higiene ambiental e industrial, prevención, tratamiento y control de epidemias, enfermedades endémicas, ocupacionales y otras (art. 12).

- La *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989) se refiere a aspectos de la protección del medio ambiente vinculados al derecho a la salud del niño (art. 24).

- El *Convenio 169 de la OIT* (Organismo especializado de las Naciones Unidas) sobre pueblos indígenas y tribales (1989) al ocuparse de tierras, recursos, entorno de ese tipo de pueblos (arts. 2, 6, 7, 15), disponibilidades en materia de salud (art. 25).

- El *Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación* (1989), adoptado en el ámbito del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), en el preámbulo, expresa que los Estados parte se declaran conscientes de que los desechos peligrosos y otros desechos y sus movimientos transfronterizos pueden causar daños a la salud humana y al medio ambiente, aspecto que se desarrolla en otros párrafos del preámbulo y de la parte dispositiva.

- El *Acuerdo de París* (2015, abierto a la firma en abril de 2016), en su preámbulo, reconoce que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, etc. La influencia de la perspectiva de los derechos humanos puede apreciarse también en otras partes del acuerdo que hacen al reconocimiento de los desastrosos efectos del cambio climático en los derechos humanos. Por ejemplo, al expresar en el art. 2 que "*tiene por objeto reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 253

> *climático (…), mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2º C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5º C con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático*".

Debe tenerse en cuenta que las tres declaraciones que referimos precedentemente han sido consideradas en el ámbito jurisprudencial internacional como expresión de normas consuetudinarias de derecho internacional general.

Jurisprudencia

Dado que nuestro trabajo se centra en la labor de las Naciones Unidas, brevemente referimos dos significativos pronunciamientos en el ámbito de la Corte Internacional de Justicia:

- Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares[8]*: "La Corte reconoce que el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio de vida, la calidad de vida y la salud misma de los seres humanos, incluyendo las generaciones no nacidas". En opinión separada, en esta misma cuestión, el Juez Weeramantry ha señalado: "ha aumentado la sensibilidad de la conciencia pública en los asuntos relacionados con el medio ambiente que afectan a los derechos humanos. Según lo observado por la Comisión de Derecho Internacional en su consideración de la responsabilidad del Estado, la conducta que pone en grave peligro al entorno humano viola los principios -ahora tan profundamente arraigados en la conciencia de la humanidad- que se han convertido en reglas particularmente esenciales del derecho internacional general"*[9]*.*

- Asunto Gabčikovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia), Opinión Separada del Vice-Presidente Weeramantry[10]*: "La protección del medio am-*

[8] I.C.J. *Reports 1996. Legality of the threat or use of nuclear weapons advisory opinion of 8 July 1996*, para. 226.
[9] *Idem*. Punto 6 *in fine,* p. 491.
[10] I.C.J. *Reports 1997. Case concerning the Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, judgment of 25 September 1997; Opinión Separada del Vice Presidente Weeramantry.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 254

biente es (…) una parte vital de la doctrina contemporánea de los derechos humanos, ya que es una condición sine qua non para numerosos derechos humanos, como el derecho a la salud y el derecho a la vida misma. Apenas es necesario profundizar en esto, ya que el daño al medio ambiente puede perjudicar y socavar todos los derechos humanos mencionados en la Declaración Universal y otros instrumentos de derechos humanos"[11]*. "Los derechos ambientales son derechos humanos"*[12]*.*

IV. Mandato sobre derechos humanos y ambiente

Percibiendo la importancia del vínculo entre Ambiente y Derechos humanos, en el ámbito de las Naciones Unidas, en marzo de 2012, el Consejo de Derechos Humanos decidió establecer mediante resolución 19/10 un mandato sobre los derechos humanos y el medio ambiente con el propósito, i.a., de estudiar las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, y de promover las mejores prácticas relativas a la utilización de los derechos humanos en la formulación de políticas medioambientales.

La resolución 19/10 fue precedida por el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos titulado "Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente" de 16 de diciembre de 2011[13]. En el trabajo de la Alta Comisionada se examinan los componentes clave de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, haciéndose especial hincapié en los siguientes temas: la relación conceptual entre los derechos humanos y el medio ambiente; las amenazas ambientales para los derechos humanos; el refuerzo mutuo de la protección de los derechos humanos y el medio ambiente; y las dimensiones extraterritoriales de los derechos humanos y el medio ambiente. Entre las cuestiones teóricas consideradas en el Informe están las que surgen de la relación entre los derechos hu-

[11] Idem. Opinión separada del Vicepresidente Weeramantry, p. 91-92.
[12] Idem. Opinión separada del Vicepresidente Weeramantry, p. 111.
[13] La resolución fue precedida por el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos titulado "Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente" de 16 de diciembre de 2011 (A/HRC/19/34) (obtenible en https://undocs.o rg/es/A /HRC/19/ 34).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 255

manos y el medio ambiente, estudiándose las principales amenazas ambientales y sus consecuencias para los derechos humanos; la contribución de la protección del medio ambiente a la efectividad de los derechos humanos; la medida en que las constituciones nacionales han incorporado los derechos y las obligaciones ambientales; la labor de la Carta de las Naciones Unidas y de los órganos de derechos humanos con respecto a la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente; la evolución de la jurisprudencia de los órganos regionales de derechos humanos; y el debate sobre la dimensión extraterritorial de los derechos humanos y el medio ambiente.

Con relación a las cuestiones teóricas de debate, el Informe sintetiza que el debate teórico se refiere a dos cuestiones centrales: ¿cuál es la naturaleza de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente?; ¿debe reconocer la comunidad internacional un nuevo derecho humano a un medio ambiente saludable?

En relación con la primera cuestión (la naturaleza de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente), el Informe señala -en complemento con las visualizaciones señaladas por Dinah Shelton ya en 2001 y que refiriéramos precedentemente- existen tres planteamientos principales que pueden coexistir y no se excluyen necesariamente entre sí. El *primer planteamiento* postula que el medio ambiente es una condición previa para el disfrute de los derechos humanos. Dicho planteamiento subraya el hecho de que la vida y la dignidad humana solo son posibles si las personas tienen acceso a un medio ambiente dotado de ciertas cualidades básicas. La degradación del medio ambiente, incluida la contaminación del aire, el agua y la tierra, puede afectar la efectividad de determinados derechos, como los derechos a la vida, la alimentación y la salud. El *segundo planteamiento* sostiene que los derechos humanos sirven para enfrentar los problemas del medio ambiente, desde un punto de vista tanto formal como de fondo. Ese planteamiento hace hincapié en la posibilidad de utilizar los derechos humanos para alcanzar niveles adecuados de protección del medio ambiente. Desde un punto de vista formal, algunos derechos, como los de acceso a la información, participación en los asuntos públicos y acceso a la justicia, son fundamentales para lograr estructuras de gobierno que permitan a la sociedad adoptar procesos decisorios justos con respecto a las cuestiones ambientales.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 256

Desde un punto de vista de fondo, este planteamiento subraya las dimensiones ambientales de algunos derechos protegidos. El *tercer planteamiento* propone la integración de los derechos humanos y el medio ambiente en el concepto de desarrollo sostenible. Este planteamiento subraya que los objetivos sociales deben tratarse de manera integrada y que la combinación unitaria de las cuestiones económicas, ambientales y de justicia social tiene como objetivo la noción del desarrollo sostenible.

En relación con la segunda cuestión relacionada el llamamiento desde algunos sectores para que se reconozca un derecho humano a un medio ambiente saludable, ciertos grupos han señalado que la comunidad internacional no debe proclamar nuevos derechos humanos cuyo contenido sea difícil de definir con claridad. Otras, han destacado que los tribunales nacionales han sido capaces de proporcionar un contenido significativo al derecho a un medio ambiente saludable en las constituciones nacionales, y que los tribunales internacionales han sido capaces de articular las responsabilidades de los Estados en relación con la dimensión ambiental de los derechos protegidos, por lo que el derecho humano a un medio ambiente saludable ya se aplica.

Según el Informe de 2011 la degradación del medio ambiente puede afectar la efectividad de los derechos humanos. Así, los impactos ambientales relacionados con la atmósfera son cada vez más predominantes, como consecuencia del aumento de la actividad humana, el crecimiento demográfico y el crecimiento económico constante. Esas actividades exacerban las emisiones vertidas a la atmósfera, dando lugar a la contaminación del aire, el cambio climático y el agotamiento de la capa de ozono. Ello, a más de que existen numerosas amenazas ambientales en la superficie terrestre, como la degradación del suelo, la deforestación y la desertificación. Además, la degradación de la calidad del agua, la escasez de agua dulce y las amenazas para los océanos, como el dramático descenso de los recursos pesqueros, son problemas ambientales comunes que pueden afectar y afectan a los derechos humanos. Por otra parte, los residuos peligrosos, la contaminación química y la contaminación del aire son amenazas ambientales generalizadas con consecuencias visibles para los derechos humanos. Según el Informe, otra amenaza importante es la pérdida de biodiversidad, que puede afectar especialmente a la resistencia de las comunidades que tienen alta dependencia del medio ambiente

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 257

para su subsistencia y desarrollo. La biodiversidad debe distinguirse de la conservación a fin de adoptar un enfoque más centrado en la determinación de las consecuencias de la pérdida de biodiversidad para los derechos humanos.

El Informe recuerda que, según el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, desde el año 2000 han ocurrido más de 2.500 desastres naturales en todo el mundo que han afectado a miles de millones de personas. Entre 1987 y 2007, más de 1,5 millones de personas murieron como consecuencia de desastres naturales, como huracanes y ciclones tropicales, tsunamis, erupciones volcánicas, terremotos, sequías, inundaciones y corrimientos de tierras. La gravedad de algunos desastres naturales puede aumentar a causa de la actividad humana -como la emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera-, mientras que otros son el resultado de procesos geológicos que requieren una explicación más profunda. En ambos casos, los derechos humanos resultan afectados, por lo que es necesario adoptar medidas de prevención, como por ejemplo i.a. la difusión de información fiable y adecuada a los posibles afectados.

Mandato – Ejercicio de John Knox

John Knox[14] fue nombrado por el Consejo de Derechos Humanos en agosto de 2012, por un periodo de tres años (prorrogado por otros tres años). Fue designado en la primera etapa como Experto independiente y luego Relator especial[15] sobre la cuestión de las obligaciones de dere-

[14] John Knox (abogado por la Universidad de Stanford) es Profesor Henry C. Lauerman de Derecho Internacional en la Universidad de Wake Forest, en Carolina del Norte, donde enseña derecho de los derechos humanos, derecho ambiental y la relación entre ellos. Ha participado en la negociación de varios convenios internacionales en la materia, ha sido asesor de varios organismos internacionales y nacionales. Entre esas actuaciones, ha sido presidente de Comité ante la Agencia de Protección Ambiental de los EE.UU., asesor pro bono sobre derechos humanos y cambio climático del gobierno de Maldivas, entre otros relevantes antecedentes en la materia.

[15] Los relatores especiales y expertos independientes forman parte de lo que se conoce como los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos. Los Procedimientos Especiales, el mayor órgano de expertos independientes en el sistema de la ONU para los Derechos Humanos, es el nombre general de los mecanismos de investigación y monitoreo del Consejo de Derechos Humanos para hacer frente a situaciones concretas en países o a cuestiones temáticas en

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 258

chos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Desde su designación, cada año, Knox ha ido realizando estudios y preparando informes. Entre ellos, citamos:

- *Informe de recopilación* (2014), en el que presentó un estudio exhaustivo para identificar las declaraciones de distintas fuentes sobre las obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente. Esas fuentes son: a) mecanismos y órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas; b) tratados mundiales de derechos humanos; c) sistemas regionales de derechos humanos, y d) instrumentos internacionales relativos al medio ambiente. El resultado incluye 14 informes individuales. Cada uno de ellos dedicado a una fuente o un conjunto de fuentes en particular[16].

- *Informe de Recopilación de buenas prácticas*[17] (2015)[18] describe las buenas prácticas de los gobiernos, las organizaciones internacionales, las organizaciones de la sociedad civil, las empresas y otras entidades, en lo que se refiere al desempeño de las obligaciones de derechos humanos relativas al medio ambiente. Entre esas buenas prácticas figuran: a) las obligaciones de procedimiento, consistentes en publicar información relativa al medio ambiente, facilitar la participación pública en la toma de decisiones ambientales, proteger los derechos de expresión y de asociación y dar acceso a reparaciones jurídicas; b) las obligaciones sustantivas, incluidas las relativas a los actores no estatales; c) las obligaciones relativas a los daños ambientales transfronterizos; y d) las obligaciones respecto de miembros de grupos en situaciones vulnerables[19].

todo el mundo. Son independientes de cualquier gobierno u organización y actúan a título individual (https://new s.un.org/es /story/2018 /10/14443 42) (Consulta de 12 de febrero de 2019).

[16] V. A/HRC/25/53.

[17] En el programa interinstitucional se prefiere el término "buenas prácticas" a "prácticas óptimas" porque se entiende que, en muchas situaciones, no se puede establecer un único enfoque de "óptimo". Para que una práctica se considere "buena" debe integrar los derechos humanos y las normas ambientales de manera ejemplar.

[18] V. A/HRC/28/61.

[19] Es de observar que Knox realizó visitas a distintos países para examinar cómo implementan los derechos humanos relacionados con la protección del medio ambiente e identificó buenas prácticas y lecciones aprendidas. Entre esos países figuran Costa Rica (2013), Francia (2014), Madagascar (2016), Uruguay (2017), Mongolia (2017).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 259

- *Informe sobre el cambio climático* (2016)[20]. El Relator Especial examina las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el cambio climático. Señala que los Estados tienen obligaciones sustantivas y de procedimiento en relación con el cambio climático, así como el deber de proteger los derechos de los más vulnerables[21]. En el Informe, recuerda que la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH según su sigla en inglés)[22] entiende que "*(s)i bien el cambio climático tiene consecuencias obvias para el disfrute de los derechos humanos, es menos evidente determinar si esos efectos pueden calificarse de violaciones de los derechos humanos en estricto sentido jurídico y, de ser así, en qué medida*", ya que resulta "*prácticamente imposible desentrañar las complejas relaciones de causalidad existentes entre las emisiones de gases de efecto invernadero de un país concreto con un efecto específico*" (A/HRC/10/61, párr. 70). Sin embargo, Knox es más optimista y señala en el Informe que esas conclusiones se pueden impugnar[23]. Además, considera que a medida que aumentan los conocimientos científicos y los efectos del cambio climático son cada vez mayores y más inmediatos, resulta menos difícil establecer la vinculación entre cada contribución y los daños resultantes. Agrega que, por otra parte, la cuestión determinante no es si el cambio climático infringe o no las normas de derechos humanos desde un punto de vista jurídico, sino que las obligaciones de derechos humanos exigen proporcionar una importante protección a las personas cuyos derechos se ven afectados por el cambio climático.

---

[20] V. A/HRC/31/52.

[21] El Informe recuerda que en 2015 el ACNUDH y la Fundación Mary Robinson - Climate Justice organizaron conjuntamente en Ginebra un diálogo sobre la justicia climática, que reunió a delegados en las negociaciones sobre el clima y en el Consejo de Derechos Humanos. Uno de los resultados de la reunión fue el Compromiso de Ginebra sobre Derechos Humanos en la Acción Climática, iniciativa voluntaria propuesta por Costa Rica y por la cual los Estados se comprometen a facilitar el *intercambio de conocimientos y mejores prácticas entre los expertos en el clima y en derechos humanos en el plano nacional*. Antes de la Conferencia de París de 2015 se habían comprometido 30 países. Los gobiernos también examinaron determinadas cuestiones relacionadas con los derechos humanos, como la migración causada por el clima. En octubre de 2015, la Iniciativa Nansen, encabezada por Noruega y Suiza, celebró una consulta mundial con delegados de más de 100 países para llevar a cabo un proceso plurianual de creación de consenso sobre la protección de las personas desplazadas a través de las fronteras en el contexto de los desastres y el cambio climático.

[22] A/HRC/10/61, párr. 70.

[23] Cita su trabajo: KNOX, John. "Linking human rights and climate change at the United Nations", *Harvard Environmental Law Review*, vol. 33, nº. 2 (2009).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 260

- *Informe de aplicación* (2016)[24]. El Relator Especial describe algunos métodos (dirigidos a distintos actores) que podrían contribuir al cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente saludable. Las propuestas están organizadas en categorías correspondientes a los actores que podrían llevarlas a cabo, incluyendo: (a) el Consejo de Derechos Humanos y otras organizaciones intergubernamentales; (b) los órganos regionales de derechos humanos y otras organizaciones regionales; (c) los gobiernos; (d) los agentes no estatales, incluyendo las organizaciones de la sociedad civil; y (e) el propio Relator Especial.

- *Informe sobre biodiversidad* (2017)[25]. Describe la importancia de los servicios ecosistémicos y la biodiversidad para el pleno disfrute de los derechos humanos y describe la aplicación de las obligaciones en materia de derechos humanos a las acciones relacionadas con la biodiversidad, formulando recomendaciones para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad para proteger el pleno disfrute de los derechos humanos. El informe es el resultado de una amplia investigación y un proceso de consultas con expertos, Estados y una variedad de partes interesadas pertinentes, así como el resultado de su participación en el Congreso Mundial de la Naturaleza de 2016 y la 13ª reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

En marzo de 2018 Knox presentó al Consejo de Derechos Humanos los *Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente*[26] [27], documento que, en 16 enunciados, propone obligaciones generales, obligaciones sustantivas y procesales, y obligaciones frente a los más vulnerables[28]. Knox aclara en la Introducción que eligió llamarlos "Principios

[24] A/HRC/31/53.

[25] A/HRC/34/49.

[26] https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/FP_Rep ortSpanis h.PDF

[27] UN Doc. A/HRC/37/59.

[28] *PRINCIPIOS MARCO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE. OBLIGACIONES GENERALES. 1. Los Estados tiene una obligación general de prevenir, reducir y reparar los daños ambientales que interfieran con el pleno disfrute de los derechos humanos. 2. Cada Estado tiene la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos en las medidas adoptadas para hacer frente a los problemas ambientales. 3. Cada Estado tiene la obligación de prohibir la discriminación y asegurar una protección igual y efectiva contra la discriminación en las medidas adoptadas relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. OBLIGACIONES PROCESA-*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 261

LES. 4. Cada Estado tiene la obligación de proporcionar para la evaluación de los impactos ambientales que puedan interferir con el pleno disfrute de los derechos humanos. 5. Cada Estado tiene la obligación de proporcionar acceso público a la información medioambiental. 6. Todo Estado tiene la obligación de proporcionar y facilitar la sensibilización y la participación del público en la adopción de decisiones relativas al medio ambiente, inclusive mediante el respeto y la protección de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 7. Cada Estado tiene la obligación de proporcionar un entorno seguro y propicio en el que los individuos, grupos y las instituciones que se ocupan de los derechos humanos y las cuestiones ambientales puedan actuar sin amenazas, trabas ni inseguridad. 8. Cada Estado tiene la obligación de proporcionar vías de recurso efectivas para las violaciones y los abusos de los derechos humanos relacionados con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. OBLIGACIONES SUSTANTIVAS. 9. Cada Estado tiene la obligación de establecer, mantener y aplicar un marco normativo eficaz para el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, incluyendo:(A) normas sustantivas, incluyendo en lo referente a la calidad del aire y del agua, el clima global, la diversidad biológica, los desechos y sustancias tóxicas, que son no-regresivos y coherente con las normas internacionales ambientales, sanitarias y de seguridad; y (B) mecanismos jurídicos e institucionales eficaces para regular las actividades de agentes públicos y privados a fin de prevenir, reducir y reparar los daños ambientales que interfieran con el pleno disfrute de los derechos humanos. 10. Los Estados tienen la obligación de cooperar entre sí para establecer, mantener y hacer cumplir las normas ambientales internacionales eficaces a fin de prevenir, reducir y reparar los daños ambientales transfronterizos y globales que interfieran con el pleno disfrute de los derechos humanos. 11. Los Estados tienen la obligación de tener en cuenta sus obligaciones y compromisos de derechos humanos relacionados con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible en la aplicación y el seguimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. 12. Los Estados tienen la obligación de asegurar que los proyectos respaldados por mecanismos internacionales de financiación respeten, protejan y hagan efectivos los derechos humanos relacionados con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON QUIENES SON MÁS VULNERABLES A LOS DAÑOS AMBIENTALES 13. Cada Estado tiene la obligación de identificar a aquellos dentro de su jurisdicción, que son más vulnerables a los diferentes tipos de daños ambientales, pudiéndose incluir a mujeres, niños, pueblos indígenas, personas de edad, personas con discapacidad y personas extremadamente pobres, entre otros. 14. Cada Estado tiene obligaciones más estrictas para proteger a quienes son más vulnerables a los daños ambientales, tomando en consideración sus necesidades, capacidades y riesgos específicos. Estas obligaciones incluyen: (A) evaluando los impactos ambientales de las medidas propuestas en ellos; (B) facilitando su acceso a la información medioambiental, incluida la información sobre los efectos específicos de los daños ambientales en ellos; (C) facilitando su participación equitativa y efectiva en la adopción de decisiones relativas al medio ambiente. (D) facilitando su acceso a vías de recurso efectivas por las violaciones y los abusos de sus derechos; y (E) garantizando que los marcos normativos prevengan, reduzcan y reparen los daños ambientales que interfieran con el pleno disfrute de sus derechos. 15. Cada Estado tiene obligaciones para con los pueblos indígenas y

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 262

Marco" porque los Principios sirven de base sólida para la comprensión e implementación de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente, aunque no son en modo alguno la última palabra sobre el tema, ya que la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente tiene múltiples facetas, las que seguirán desarrollándose y evolucionando en el futuro.

En parte preambular del documento expresa:

1. Los seres humanos son parte de la naturaleza y nuestros derechos humanos están interrelacionados con el entorno en que vivimos. Los daños ambientales interfieren en el disfrute de los derechos humanos y el ejercicio de esos derechos contribuye a proteger el medio ambiente y promover el desarrollo sostenible.

2. Los principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente resumen las principales obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Constituyen orientaciones integradas y detalladas para el cumplimiento de tales obligaciones en la práctica y sirven de base para su ulterior desarrollo a medida que evoluciona nuestra comprensión de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente.

3. Los principios marco no son exhaustivos: muchas normas nacionales e internacionales son pertinentes para los derechos humanos y la protección del medio ambiente y ninguna parte de los principios marco debe interpretarse en el sentido de que limita o menoscaba normas que ofrecen un nivel más alto de protección con arreglo al derecho nacional o internacional.

---

las comunidades locales,[30] que incluyen: (A) garantizar el reconocimiento jurídico y la protección de sus derechos a las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han ocupado o utilizado. (B) consultar con ellos y obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de reasentarlos o aprobar medidas que puedan afectar a sus tierras, territorios o recursos naturales; y (C) garantizar que reciban una parte justa y equitativa de los beneficios derivados de las actividades de desarrollo que afectan a sus tierras, territorios o recursos naturales. 16. Los Estados deben respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos en el marco de las medidas que adopten para hacer frente a los problemas ambientales y alcanzar el desarrollo sostenible.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 263

Mandato – Ejercicio de David R. Boyd

El Consejo de Derechos Humanos nombró al David R. Boyd[29] Relator Especial a partir del 1 de agosto de 2018.

Boyd organizó en cooperación con SwedBio, Terre des hommes y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) una consulta de expertos sobre derechos humanos y desafíos ambientales en Nueva York (22 y 23 de octubre de 2018).

El 25 de octubre de 2018, presentó un informe temático sobre el reconocimiento mundial del derecho a un entorno seguro, limpio, saludable y sostenible a la Asamblea General[30]. Ese informe fue escrito conjuntamente con el Relator Especial saliente Knox. En ese Informe de 25 de octubre del mismo año ha pedido a la Asamblea General que reconozca formalmente el derecho a un medio ambiente sano para combatir los flagelos del cambio climático, la pérdida de la biodiversidad y la contaminación, que matan a más de ocho millones de personas cada año. Ha señalado que "ha llegado el momento" de que las Naciones Unidas se movilicen para reconocer esta garantía a nivel mundial, ya que en más de 100 países, el derecho a un medio ambiente sano goza de un estatus constitucional, la forma más sólida de protección legal disponible, y al menos 130 Estados han ratificado tratados regionales de derechos humanos que incluyen explícitamente el derecho a un medio ambiente sano: tratados que abarcan África, América Latina y el Caribe, Oriente Medio, partes de Asia y Europa. Remarcó que "*el reconocimiento mundial del derecho a un medio ambiente sano complementaría, reforzaría y ampliaría el marco legal nacional y regional existente. El reconocimiento del derecho por parte de las Naciones Unidas reconocería que este derecho debe ser protegido universalmente*". Para el Relator especial, *es esencial utilizar todas las herramientas disponibles para enfrentar desafíos planetarios*, como los efectos devastadores de la contaminación, el cambio climático y la extinción de especies.

[29] David R. Boyd es profesor asociado de Derecho, política y sostenibilidad en la Universidad de British Columbia. Ha sido Director Ejecutivo de Ecojustice y trabajó como asesor especial sobre sostenibilidad para el primer ministro canadiense, Paul Martin. Ha asesorado a muchos gobiernos en materia de política ambiental, constitucional y de derechos humanos y copresidió el esfuerzo de Vancouver para convertirse en la ciudad más verde del mundo para 2020. Es miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental, asesor experto para la Armonía con la Naturaleza de la ONU, miembro de la Environmental Law Alliance Worldwide.

[30] A / 73/188.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 264

El Relator Especial participó en la Primera Conferencia Mundial sobre Contaminación del Aire y Salud, convocada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en Ginebra (30 de octubre al 1 de noviembre de 2018).

Del 7 al 18 de diciembre de 2018, el Relator Especial realizó una visita a Fiji, elaborando sobre ello informe.

El 8 de enero de 2019 presentó al Consejo de Derechos Humanos un Informe centrado en el derecho al aire puro[31]. Para preparar ese informe organizó una consulta pública con los Estados (Ginebra 29 de octubre de 2018), las organizaciones internacionales y otras partes interesadas pertinentes. El encuentro con representantes de la sociedad civil se llevó a cabo el 31 de octubre. Tal como señala el Informe, el mismo examina las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el derecho a respirar aire puro, que es uno de los elementos vitales del derecho a un medio ambiente sano y sostenible, junto con el acceso a agua potable y el adecuado saneamiento. Se basa en la información proporcionada en más de 30 presentaciones recibidas en respuesta a un pedido de aportes de Estados, organizaciones de la sociedad civil, actores privados y académicos, así como declaraciones e informes de organizaciones internacionales, órganos de tratados de derechos humanos, procedimientos especiales y otras fuentes. El tópico central, lo lleva a informar sobre contaminación, su impacto sobre la salud humana en general y en las sociedades vulnerables, su impacto sobre la agricultura, la biodiversidad y los ecosistemas, la relación entre la contaminación atmosférica y el cambio climático, los efectos de la contaminación atmosférica en los derechos humanos. Al ocuparse de los planes de acción sobre la calidad del aire, dedica una parte en particular a la región de Asia y Pacífico e identifica 25 medidas que podrían salvar millones de vidas al año, reducir las pérdidas agrícolas en un 45 %, hacer efectivo el derecho de 1.000 millones de personas a respirar aire puro para 2030 y redundar en beneficio de los recursos hídricos, el suelo, los bosques y la biodiversidad. Las medidas incluyen algunas convencionales (por ejemplo, normas para las centrales eléctricas, la industria y los vehículos), otras menos comunes (por ejemplo, restricciones a la quema de desechos agrícolas y basuras y normas que regulan el estiércol) y medidas de de-

[31] A/HRC/40/55.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 265

sarrollo que tienen beneficios secundarios para la calidad del aire (por ejemplo, soluciones limpias para cocinar, incentivos para la eficiencia energética y mejoras del transporte público). Los costos anuales de 300.000 a 600.000 millones de dólares se verían compensados por los beneficios para la salud humana, la producción de alimentos, la seguridad hídrica, la calidad del medio ambiente y la protección del clima. El Informe refiere numerosos casos de buenas prácticas ya puestas en acción en distintos países de los cinco continentes. En las Conclusiones de este Informe expresa:

> *"111. Para que el derecho a respirar aire limpio se respete, se proteja y sea efectivo, los Estados deben aplicar las siete medidas descritas en los párrafos 63 a 78 (vigilancia, evaluación de las fuentes, información pública, normas de calidad del aire, planes de acción, aplicación/cumplimiento y evaluación). Los Estados deben revisar las leyes, normas, políticas y programas existentes para determinar si son compatibles con sus obligaciones de derechos humanos relacionadas con la calidad del aire, y modificarlos si es necesario.*
>
> *112. Entre las medidas específicas que los Estados deben considerar como parte de su plan de acción nacional sobre calidad del aire figuran las siguientes: a) Prohibir la construcción de nuevas centrales eléctricas de combustibles fósiles y sustituir las ya existentes por fuentes de energía renovable (para 2030 en los países de altos ingresos y para 2050 en los demás); b) Eliminar todas las subvenciones restantes a los combustibles fósiles, con excepción de los programas para la utilización del GLP -gas licuado de petróleo- en la cocina; c) Apoyar la expansión de los sistemas de generación distribuida de energía renovable; d) Reducir, minimizar o evitar toda acción del Gobierno que genere contaminación atmosférica; e) Llevar a cabo evaluaciones de las repercusiones que vayan a tener para el medio ambiente, la salud y los derechos humanos los proyectos, políticas y planes nuevos que puedan generar contaminación atmosférica; f) Difundir información sobre las mejores tecnologías disponibles; g) Exigir a la indus-*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 266

tria que reduzca y elimine las emisiones de contaminantes atmosféricos nocivos; h) Exigir a la industria del petróleo y el gas que recupere y utilice metano y otros gases emitidos en los procesos de prospección, desarrollo y producción; i) Dar prioridad a la reducción de las emisiones de instalaciones industriales altamente contaminantes, como hornos de coque, fundiciones, refinerías y plantas cementeras y ladrilleras; j) Negarse a expedir permisos para nuevas instalaciones o actividades contaminantes en zonas críticas desde el punto de vista de la contaminación atmosférica hasta que la calidad del aire en esas zonas cumpla las normas nacionales y se determine que seguiría cumpliéndolas a pesar de la contaminación adicional; k) Hacer frente a la contaminación atmosférica y al cambio climático de manera integrada, a fin de maximizar los beneficios secundarios; l) Promover un diseño urbano compacto y de uso mixto; m) Proteger y ampliar los espacios verdes urbanos; n) Dar más prioridad a las inversiones en la seguridad de los peatones, la seguridad de los ciclistas y el transporte público rápido que a la infraestructura para los vehículos privados; A/HRC/40/55 22 GE.19-00224 o) Pasar a la adopción de vehículos más limpios, reforzando para ello las normas de emisión y las normas de consumo energético, y acelerar al mismo tiempo la transición hacia vehículos de emisión cero; p) Aplicar códigos, reglas y normas de construcción que aumenten de manera sustancial la eficiencia energética en los edificios; q) Mejorar la gestión de residuos prohibiendo la quema de basuras a cielo abierto, evitando la incineración y exigiendo la captura de metano en los vertederos; r) Crear leyes, políticas y programas que desalienten o prohíban la quema de residuos de cultivo o desechos agrícolas y ayuden a los agricultores a adoptar prácticas menos contaminantes; s) Reducir las emisiones de amoníaco procedentes del estiércol y del uso de fertilizantes, en parte mediante la promoción de una dieta en la que predominen las plantas; t) Educar al público sobre los efectos adversos de la contaminación atmosférica en la salud y sobre los beneficios de la puesta en práctica

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 267

de soluciones; u) Utilizar las políticas de contratación pública para avanzar en todo lo anterior".

V. Reflexiones finales

Por nuestra parte, destacamos la vigencia de lo sostenido por Alexandre Kiss y Antônio Augusto Cançado Trindade hace casi 25 años[32] al señalar que la evolución de la protección de los derechos humanos y la protección del medio ambiente han conducido inevitablemente a la erosión progresiva del llamado dominio reservado de los Estados, por lo que consideramos que una acción más decidida de las Naciones Unidas -como la que pide el Relator Especial- podría tener resultados significativos. Sin embargo, ello no debe confundirse con la idea de propugnar que los Estados o el sistema internacional autoritativamente impongan comportamientos desde modelos impositivos como los que propugnan el "ambientalismo autoritario", inspirados en teorías postmarxistas -tan en boga en la actualidad- argumentando que es necesario adelantarse al desastre para que la situación planetaria no se vuelva catastrófica. Esa percepción catastrofista, de política autoritaria es per se una violación de derechos humanos, los que en la actualidad siguen siendo un derecho de todos los hombres y de cada uno.

Asimismo, destacamos que sin deberes no se puede alcanzar la plenitud de los derechos. No debemos olvidar que, en el sistema jurídico de protección de los derechos humanos -especialmente en el ámbito americano-, se ha consagrado el derecho a la salud, pero también el deber de cuidar la salud y, probablemente, en breve se consagre a nivel internacional el derecho a un medio ambiente sano como derecho-deber humano, razón de más para incorporar a fuego las expresiones del Preámbulo de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de abril de 1948: "*El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos (…). Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad*".

[32] KISS A. - CANÇADO TRINDADE, A.A. "Two major challenges of our time: Human rights and the Environment", *Revista IIDH,* Vol. 21, p. 25.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 268

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 269

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ACUERDO REGIONAL SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN, LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN ASUNTOS AMBIENTALES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (ACUERDO DE ESCAZÚ)[*]

SOME REFLECTIONS ABOUT THE REGIONAL AGREEMENT ON ACCESS TO INFORMATION, PUBLIC PARTICIPATION AND JUSTICE IN ENVIRONMENTAL MATTERS IN LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN (ESCAZÚ AGREEMENT)

María Alejandra Sticca[**]

[*] *Trabajo recibido el 15 de julio de 2019 y aprobado para su publicación el 7 de agosto del mismo año.*

[**] *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).*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 270

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 271

Resumen: Este artículo tiene como objetivo introducir algunas reflexiones sobre el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú) adoptado a los fines de la implementación del Principio 10 de la Declaración de Río.

Palabras-clave: Acuerdo de Escazú - América Latina y Caribe - Medio ambiente – Derechos humanos - Derechos de acceso - Derecho de acceso a información - Derecho a participar - derecho de acceso a la justicia.

Abstract: This article aims to introduce some reflections about the Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (Escazú Agreement) adopted in order to improve implementation of Principle 10 of the Rio Declaration.

Keywords: Escazú Agreement - Latin America and the Caribe - Environment- Human rights- Rights to access - Right to access to information - Right to participate - Right to access to justice.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes del Acuerdo. III. El Acuerdo y sus partes. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

El *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe* (Acuerdo de Escazú) fue adoptado el cuatro de marzo de 2018 en Escazú (Costa Rica) bajo los auspicios de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), órgano subsidiario del Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas. El acuerdo al 13 de julio de 2019 contaba con 17 Estados firmantes y sólo Guyana lo ha ratificado el 18 de abril de 2019.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 272

Su artículo 22 dispone que el acuerdo entrará en vigor en general a los 90 días del depósito del undécimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. No admite reservas. El acuerdo se encuentra abierto a la adhesión de todos los países de América Latina y Caribe (ALC) incluidos en el anexo I[1], ello a los fines de clarificar cuáles son los Estados que integran ALC.

Este acuerdo genera un círculo virtuoso entre derechos humanos y medio ambiente[2], pues su objetivo es la garantía de los derechos de acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental poniendo especial énfasis en los grupos vulnerables[3]. Se aplica a las personas físicas o jurídicas de quienes estén sujetos a la jurisdicción de los Estados Partes, ello se desprende del concepto que brinda de "público".

II. Antecedentes del Acuerdo

El acuerdo de Escazú se celebró con el propósito de alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030[4], a los fines de implementar el Principio 10[5] de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de

[1] Anexo 1. Antigua y Barbuda; Argentina (la); Bahamas (las); Barbados; Belice; Bolivia (Estado Plurinacional de) (el); Brasil (el); Chile; Colombia; Costa Rica; Cuba; Dominica; Ecuador (el); El Salvador; Granada; Guatemala; Guyana; Haití; Honduras; Jamaica; México; Nicaragua; Panamá; Paraguay (el): Perú (el); República Dominicana (la); Saint Kitts y Nevis; San Vicente y las Granadinas; Santa Lucía; Suriname; Trinidad y Tobago; Uruguay (el) y Venezuela (República Bolivariana de) (la).

[2] Se puede consultar Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: Hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (LC/TS.2017/83), 2018. Disponible en https://repositorio.cepal.or g/bitstrea m/handle/1 1362/43301/4 /S1701 021_es.pdf

[3] El acuerdo en su art. 2.e) entiende por "personas o grupos en situación de vulnerabilidad" aquellas personas o grupos que encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso reconocidos en el presente Acuerdo, por las circunstancias o condiciones que se entiendan en el contexto nacional de cada Parte y de conformidad con sus obligaciones internacionales. Deja en manos de las autoridades nacionales la determinación caso por caso de las personas o grupos que califiquen en situación de vulnerabilidad.

[4] https://www.un.org /sustainabled evelopme nt/es/ob jetivos-de-desa rrollo-sosten ible/

[5] "*El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio am-*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 273

1992, el que aspira asegurar que toda persona tenga acceso a la información, participe en la toma de decisiones y acceda a la justicia en asuntos ambientales, con el fin de garantizar el derecho a un medio ambiente sano y sostenible de las generaciones presentes y futuras. En el año 2012 se aprobó la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río en América Latina y el Caribe. En 2014 dio inicio la fase de negociación a cargo del Comité de Negociación del acuerdo la que se extendió hasta marzo de 2018[6]. Las negociaciones estuvieron lideradas por Chile y Costa Rica en calidad de Copresidentes y por Argentina, México, Perú, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago, en las negociaciones participaron representantes estatales y de la sociedad civil.

III. El acuerdo y sus partes

El Acuerdo se compone de un preámbulo y veintiséis artículos que se pueden dividir en dos partes, una primera parte sustancial (art. 1 a 13) en la que se fijan los objetivos, se definen conceptos medulares del acuerdo, se enuncian los principios que guían a las partes en su implementación, las obligaciones que asumen los Estados Partes y los derechos que se reconocen a los particulares.

En la segunda parte (art. 14 a 26) se establece la estructura institucional y todas las disposiciones generales de los tratados.

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

biente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

[6] Todos los antecedentes del Acuerdo pueden consultarse en https://repositorio.cepal.org /bitstream/ handle/1136 2/43 301/4/S1 701021_es. pdf

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 274

de las generaciones presentes y futuras a vivir en un ambiente sano y al desarrollo sostenible[7].

Coincidimos con Hernández Ordóñez en que "el tratado no define qué se entiende por "plena" y por "efectiva" implementación, ni tampoco establece indicadores que pudieran tomarse como punto de referencia para conocer el nivel de cumplimiento del propio tratado. Dicha problemática, sujeta a interpretación legal, es trasladada a los países para su ulterior desarrollo a nivel doméstico y operativo, esto es, serán las Partes quienes determinen los criterios y lineamentos para dibujar la plena y efectiva implementación de Escazú en sus territorios"[8].

Por "derechos de acceso" se entiende el derecho de acceso a la información ambiental, a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en cuestiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales.

En la implementación del Acuerdo cada parte se debe guiar por los siguientes principios: a) principio de igualdad y principio de no discriminación; b) principio de transparencia y principio de rendición de cuentas; c) principio de no regresión y principio de progresividad; d) principio de buena fe; e) principio preventivo; f) principio precautorio; g) principio de equidad intergeneracional; h) principio de máxima publicidad; i) principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales; j) principio de igualdad soberana de los Estados; y k) principio pro persona. Cabe señalar que entre los principios enunciados encontramos algunos propios del derecho ambiental, otros de los derechos humanos y finalmente otros son principios del derecho internacional, lo que si bien debe ser destacado y aplaudido puede generar alguna dificultad a la hora de una aplicación armónica.

El art. 4.7 deja aclarado que "*Nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo limitará o derogará otros derechos y garantías más favorables es-*

[7] Un análisis del acuerdo se puede consultar en MÉDICI COLOMBO, G. "El acuerdo Escazú: la implementación del principio 10 de Río en América Latina y el Caribe", obtenible en https://www.ra co.cat/index.p hp/rcda/art icle/viewfi le/34212 1/43320 2; también en "Perspectiva del derecho internacional del medio ambiente" https://www.raco.cat/index.php/rcda/article/viewFile/342244 /433347

[8] HERNÁNDEZ ORDOÑEZ, S.R. "El acuerdo de Escazú: retos y desafíos de un texto con ambigüedades legales y aspectos relacionados con el comercio internacional", Revista internacional de transparencia e integridad, Número 9 (Septiembre-Diciembre 2018), 2018, p. 7. Obtenible en https://revistainte rnacionaltra nsparencia.o rg/wp-c ontent/upload s/2019/06/sergio- hernan dez-ordonez.pdf

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 275

tablecidos o que puedan establecerse en la legislación de un Estado Parte o en cualquier otro acuerdo internacional del que un Estado sea parte, ni impedirá a un Estado Parte otorgar un acceso más amplio a la información ambiental, a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y a la justicia en asuntos ambientales".

Cada Parte deberá garantizar el derecho del público de acceder a la información ambiental que está en su poder, bajo su control o custodia, de acuerdo con el principio de máxima publicidad. A fin de alcanzar este objetivo, las partes deben informar en los distintos idiomas que se usen en cada Estado y en formatos alternativos que faciliten la comprensión por los distintos grupos.

El Acuerdo también prevé que las partes podrán denegar el acceso a información ambiental conforme excepciones establecidas en la legislación nacional. En todos los casos en que se deniegue el acceso a la información, el Estado debe fundar su negativa. Las excepciones deben interpretarse de manera restringida.

El acuerdo también obliga a las Partes, a través de las autoridades competentes, a garantizar la generación y divulgación de la información ambiental relevante para sus funciones de manera sistemática, oportuna, regular, accesible y comprensible, y que actualicen periódicamente dicha información y alienten la desagregación y descentralización de la información ambiental a nivel subnacional y local. El art. 6 del acuerdo se focaliza en la faz activa del derecho de acceso a la información para lo cual las autoridades competentes deben generar y difundir información tanto cuando le sea solicitada como cuando se califique como relevante, el acuerdo no define qué se entiende por tal.

En el artículo 6.3. se enuncia qué información actualizada los Estados deben informar, entre ella encontramos: "*(…) a) los textos de tratados y acuerdos internacionales, así como las leyes, reglamentos y actos administrativos sobre el medio ambiente; b) los informes sobre el estado del medio ambiente; c) el listado de las entidades públicas con competencia en materia ambiental y, cuando fuera posible, sus respectivas áreas de actuación; d) el listado de zonas contaminadas, por tipo de contaminante y localización; e) información sobre el uso y la conservación de los recursos naturales y servicios ecosistémicos; f) informes, estudios e información científicos, técnicos o tecnológicos en asuntos ambientales elaborados por ins-*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 276

tituciones académicas y de investigación, públicas o privadas, nacionales o extranjeras; g) fuentes relativas a cambio climático que contribuyan a fortalecer las capacidades nacionales en esta materia; h) información de los procesos de evaluación de impacto ambiental y de otros instrumentos de gestión ambiental, cuando corresponda, y las licencias o permisos ambientales otorgados por las autoridades públicas; i) un listado estimado de residuos por tipo y, cuando sea posible, desagregado por volumen, localización y año; j) información respecto de la imposición de sanciones administrativas en asuntos ambientales".

Cada Estado se obliga informar de manera inmediata en caso de amenaza inminente para la salud pública o el medio ambiente, a fin de permitir al público tomar medidas para prevenir o limitar eventuales daños.

Por otra parte, los Estados "harán sus mejores esfuerzos" para publicar y difundir, al menos cada cinco años, un informe nacional sobre el estado del medio ambiente. Los términos y plazos empleados en el art. 6.7. enfatizan el carácter discrecional de la disposición.

Los Estados también se comprometen en el art. 6.12. a promover el acceso a información ambiental que esté en manos de empresas privadas, en particular cuando haya riesgo para la salud humana y medio ambiente.

En el artículo 7 se regula la participación pública en el proceso de toma de decisiones ambientales, a tal fin los Estados se comprometen a implementar una participación abierta e inclusiva para lo cual se comprometen a informar de manera oportuna sobre las decisiones que se propone adoptar. El derecho del público a participar en los procesos de toma de decisiones ambientales incluye la posibilidad de presentar observaciones.

En el artículo 8 se regula el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo a las garantías del debido proceso. En este artículo se perdió la oportunidad de establecer órganos estatales competentes especializados en materia ambiental. El acuerdo dispone que, para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con:

a) órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental;

b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos;

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 277

c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional;

d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente;

e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba;

f) mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y

g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.

Este acuerdo también es novedoso porque otorga en su artículo 9 garantías para la protección de los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales. Cabe señalar que el acuerdo no precisa qué entiende por defensores de derechos humanos en asuntos ambientales. Cada Estado parte garantizará un entorno seguro y propicio para el accionar de esas personas, grupos u organizaciones a fin que puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad. Asimismo, cada Estado deberá tomar medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que puedan sufrir los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales. Si bien el artículo referido no añade obligaciones para los Estados Partes diferentes a las que surgen de los tratados en materia de derechos humanos, asumen un compromiso político muy importante atento que ALC es una región con alto índice de violencia hacia los defensores ambientales.

También se prevé la creación de un Centro de intercambio de información sobre los derechos de acceso de carácter virtual y acceso universal operado por CEPAL, que podrá incluir entre otros medidas legislativas, administrativas, políticas, códigos de conducta y buenas prácticas.

Bajo el título Implementación nacional el acuerdo pone de manifiesto que si bien es un instrumento vinculante, lo es de manera progresiva y de conformidad a prioridades nacionales, lo que torna complejo

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 278

el control de cumplimiento y la posible determinación de supuestos de responsabilidad internacional.

En la segunda parte del acuerdo encontramos la parte orgánica, los órganos principales del acuerdo son la Conferencia de las Partes, órgano principal encargado de fomentar la aplicación y efectividad del acuerdo y la Secretaría. La Conferencia de Partes tendrá como órgano subsidiario un Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento.

IV. Consideraciones finales

Este acuerdo regional es un instrumento jurídico vinculante en materia ambiental y de derechos humanos que aspira a lograr la implementación del principio 10 de la Declaración de Río de 1992. Si bien los términos empleados en algunos de sus artículos adolecen de vaguedad y/o ambigüedad debemos destacar su objetivo de garantizar el acceso de todas las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados Partes a la información ambiental de manera oportuna y adecuada, a la participación en la toma de decisiones y al acceso a la justicia. A ello debemos añadir que es un instrumento que no se agota en las garantías y obligaciones para los Estados Partes pues prevé una estructura institucional que, si bien perfectible, es un paso importante en aras de lograr la aplicación y efectividad del acuerdo.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 279

INDUSTRIAS EXTRACTIVAS Y DERECHOS HUMANOS

Caso *Los Pelambres* a la luz de la Opinión Consultiva OC-23/17 de la CteIDH[*]

EXTRACTIVE INDUSTRIES AND HUMAN RIGHTS

"Los Pelambres" case in the light of Advisory Opinion OC-23/17 of the ICtHR

Federico Enrique Martínez Seghetta[**]

[*] *Este trabajo, presentado bajo el seudónimo "Pelambres", fue distinguido con "PRIMER PREMIO" en el Concurso de Monografías 2018 sobre el tema "Derecho Ambiental y Derechos Humanos", 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 "Pelambres" ha correspondido al Abogado Federico Enrique Martínez Seghetta.*

[**] *Abogado. Profesor en Ciencias Jurídica (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Diplomado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad Nacional de Buenos Aires/UBA), Diplomado en Gestión y Desarrollo de Ciudades inteligentes (Universidad Católica de Córdoba /UCC), Diplomado en Derechos Humanos con mención Acceso a la Justicia (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá-Colombia-UCC).*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 280

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 281

Resumen: *Los Pelambres* es una mina a cielo abierto ubicada a 45 km. al Este de la ciudad de Salamanca, República de Chile. Actualmente es una de las cinco minas de cobre más ricas del mundo. En el año 2007, el gobierno de la entonces Presidente Michelle Bachelet Jeria autorizó a dicha industria extractiva a instalar una escombrera de 52,8 hectáreas. Por confusión de límites, el grupo minero vertió -de manera irregular- material tóxico en territorio de la provincia de San Juan, República Argentina, produciendo graves efectos medioambientales. Si bien el caso fue llevado a los tribunales argentinos, este artículo tiene por objeto examinar la cuestión -y las responsabilidades del caso– ante el pronunciamiento en el año 2017 de la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre "Medio Ambiente y Derechos Humanos" por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en el marco de un desarrollo progresivo del *corpus iuris* internacional de protección ambiental–.

Palabras-clave: Industria extractiva - Derechos Humanos - Minera Los Pelambres - Escombrera Cerro Amarillo - Ambiente sano - República de Chile.

Abstract: *Los Pelambres* is an open pit mine located 45 km east of the city of Salamanca, Republic of Chile. It is currently one of the five richest copper mines in the world. In 2007, the government of the then President Michelle Bachelet Jeria authorized the aforementioned extractive industry to install a 52.8-hectare dump. Due to confusion of limits, the mining group poured - irregularly - toxic material into the territory of the province of San Juan, Argentina, producing serious environmental effects. Although the case was taken to the Argentine courts, this article aims to examine the issue - and the responsibilities of the case - taking into account the ruling in 2017 of Advisory Opinion OC-23/17 on "Environment and Rights Humans "by the Inter-American Court of Human Rights - within the framework of a progressive development of the international *corpus iuris* for environmental protection.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 282

Keywords: Extractive Industry - Human Rights - Los Pelambres Mine - Cerro Amarillo Garbage Dump - Healthy Environment - Republic of Chile

Sumario: I. Introducción – II. Emprendimiento minero Los Pelambres – III. Controversia por la escombrera Cerro Amarillo – IV. Obligaciones y responsabilidades de los Estados en materia ambiental – V. Conclusión – VI. Bibliografía.

I. Introducción

Las industrias extractivas dedicadas a extraer y explotar yacimientos de recursos naturales no renovables y transformarlos de manera que sean utilizables para diversos procesos productivos y de consumo, realizan una actividad de especial importancia para el desarrollo económico de las sociedades, pues suministran materias primas imprescindibles para satisfacer las necesidades de energía y de producción de bienes.

Aunque la extracción y explotación de recursos naturales tiene larga data y ha acompañado la historia del continente americano, en años más recientes se ha dado un notable aumento de las actividades extractivas en la región, asociado a un ciclo de altos precios de materias primas y la fuerte demanda internacional. La significativa ampliación de las actividades extractivas en el actual escenario regional, viene dada tanto en términos de su proliferación en todo el continente, como de su diversificación a nuevos rubros[1].

Sin embargo, dada su naturaleza y las tecnologías que emplean, estas industrias de explotación y desarrollo suelen producir efectos nocivos en los lugares de donde se extraen los recursos, y también en los sitios donde tienen lugar los procesos de transformación y transporte de sus productos.

Ante esta situación, los Estados de la región juegan roles muy diversos frente a estos proyectos o emprendimientos, que varían según el tipo

[1] CIDH. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Informe temático, 06 de abril de 2016, párr. 11 (http://www.oas .org/es/cidh/info rmes/pdfs/Indus triasExtractivas2 016.pdf) (consulta de 01/09/2018).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 283

de actividad, los intereses y prioridades estatales, y la política definida en cada rubro por determinado país.

II. Emprendimiento minero *Los Pelambres*

En el ámbito minero de la región prevalece por parte de los Estados la autorización a empresas privadas para la explotación de los recursos minerales. Ejemplo de ello es el modelo de actuación de la República de Chile.

Concretamente -y destacando en el continente-, se encuentra el emprendimiento minero privado *Los Pelambres*, el cual se constituye en una mina a cielo abierto ubicada a 45 km. al este de la ciudad de Salamanca, Provincia de Choapa, Región de Coquimbo, República de Chile.

Dicha industria extractiva produce cobre desde diciembre del año 1999, siendo actualmente una de las cinco minas de cobre más ricas del mundo -gracias a unas reservas de 2.100 millones de toneladas de dicho mineral-[2].

Minera *Los Pelambres* se constituye en una Sociedad Contractual Minera, perteneciendo en un 60% a *Antofagasta Minerals S.A*. -división minera del grupo Antofagasta PLC[3]- y en un 40% al grupo japonés integrado por *Nippon LP Resources B.V*. (25%) y *MM LP Holding B.V.* (15%).

Las operaciones de explotación de esta sociedad minera se encuentran localizadas solo a 1.000 metros de la frontera geográfica Chile-Argentina, a una altura de entre 3.100 y 3.600 m.s.n.m.[4]

[2] Su producción consiste en 324 mil toneladas de cobre en concentrado y 9.800 toneladas de molibdeno aproximadamente al año, según puede consultarse en el sitio de la Minera *Los Pelambres* (http://web.p elamb res.cl/) (consulta de 18/08/2018).

[3] Principal grupo minero privado de la República de Chile y uno de los diez principales productores de cobre a nivel mundial.

[4] La extracción del mineral se realiza a través de una mina a rajo abierto, el que luego del proceso de tronadura y carguío es trasladado a través de camiones de alto tonelaje (350 ton.) hasta el sector de chancado primario. En dicho sector, el mineral es reducido y luego enviado hacia el área de procesamiento a través de una correa transportadora que recorre 13 kilómetros, acumulándose en un stock pile. Desde allí, el mineral es enviado al sector de chancado, el que contempla 3 molinos SAG y 4 molinos bola -instalaciones que trituran el mineral hasta alcanzar el tamaño adecuado para la liberación de las partículas de cobre-. Una vez alcanzado el tamaño necesario, el mineral entra al proceso de flotación -

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 284

En su Carta de Valores, la empresa *Antofagasta Minerals S.A.* establece su "compromiso con la sustentabilidad" y expresa: "*Entendemos que el compromiso con la sustentabilidad pasa por crear valor en lo económico, en lo ambiental y en lo social. Respetamos a nuestros entornos y nos relacionamos con ellos de forma proactiva". "Desarrollamos y fomentamos soluciones innovadoras para realizar una minería más eficiente, sustentable e inclusiva". "Impulsamos el uso de energías renovables, buscando disminuir nuestras emisiones al ambiente (…)*"[5].

III. Controversia por escombrera *Cerro Amarillo*

En contradicción con el compromiso de sustentabilidad asumido, en el año 2007 la Minera Los Pelambres -con autorización del gobierno de la entonces Presidente de la República de Chile Michelle Bachelet Jeria-, instaló la escombrera *Cerro Amarillo* de 52,8 hectáreas y 70 metros de profundidad, a través de la cual vertió -de manera irregular– aproximadamente 55 millones de toneladas de residuos peligrosos / material tóxico entre los años 2007 - 2012 en territorio de la provincia de San Juan, República Argentina.

Concretamente, allí se arrojaron todos los desechos de la mina, botándose grandes cantidades de neumáticos utilizados y rocas sin valor comercial -por el bajo o nulo contenido de los minerales buscados-, con gran capacidad de provocar drenaje ácido.

En el año 2011, la República Argentina toma conocimiento de que la mitad de la escombrera –algo así como 70 canchas de fútbol de River

donde al mineral de cobre sulfurado se le agrega agua, reactivos y aire, y es agitado para hacerlo burbujear- consiguiendo el arrastre a la superficie del mineral que luego pasa al proceso de la concentradora para producir concentrado de cobre –producto que se envía a través de un ducto al puerto Punta Chungo, en Los Vilos, República de Chile-. En dicho lugar, el concentrado pasa por un proceso de secado a través del cual se logra la humedad requerida para ser embarcado en los buques que lo conducirán a su destino final, principalmente en Asia (Japón 35%, China 30%, resto de Asia 20%) y Europa (15%). Puede consultarse en el sitio de la Minera Los Pelambres (http://w eb. Pelam b res.cl/) (consulta de 18/08/2018).

[5] Carta de Valores. Publicada en el sitio de la Minera Los Pelambres (http://w eb.pe lamb res.cl/) (consultada de 22/08/2018).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maqueta 1 8/11/2019 14:23 Página 285

Plate[6]-, se encuentra ubicada del lado argentino de la frontera, en terrenos de otro proyecto minero: *El Pachón* -ubicado en el departamento sanjuanino de Calingasta-, actualmente en manos de la minera suiza *Glencore*[7].

III. 1. Primer planteamiento judicial en sede civil

Los propietarios de *El Pachón* al tomar conocimiento de la situación presentaron en el año 2014 una demanda civil[8] contra la Minera *Los Pelambres*, en la que reclamaron la mudanza total del botadero, la remediación ambiental y el pago de un "canon" por la utilización no permitida de su terreno.

Ante esta situación, la Minera *Los Pelambres* argumentó legalmente que el propio gobierno chileno autorizó la escombrera en base a una serie de mapas publicados por el Instituto Geográfico Militar de Chile, que ubicaban la zona del botadero del lado chileno de Los Andes, y que la frontera fue recién modificada en el año 2012, -una vez finalizada las acciones en dicha escombrera-[9].

La provincia de San Juan -representada por su Fiscal de Estado, Guillermo De Sanctis– se presentó en la causa el 27 de julio de 2015 y pidió se le otorgara la debida participación en el trámite en defensa de los intereses de la Provincia como titular de dominio sobre el territorio, de los recursos naturales y como autoridad de aplicación de la protección del medio ambiente; como asimismo, en representación de los derechos colectivos e intereses difusos de la población de San Juan eventualmente comprometidos; participación consentida por la actora y la demandada.

[6] Analogía utilizada por el abogado ambientalista Sr. Marcelo Romano en el informe del programa televisivo *Periodismo Para Todos* (Informe emitido el día 16/10/2016; disponible en https://www.y outub e.com/wa tch?v=sm QSyfV7Y kM).

[7] Según se informa en el sitio oficial del Proyecto *El Pachón*: (http://www.elp achon.com .ar/es/Pagin as/home.asp x) (consulta de 01/09/2018).

[8] Tal causa fue radicada ante el Juzgado Federal N°1 de San Juan, Secretaría N°1, caratulándose "*Xstrata Pachón S.A. c/ Minera Los Pelambres s/ civil y comercial – varios*", Expediente N° 13.033/2014.

[9] Sin embargo, en el año 2012 lo único que ocurrió es que se agregaron hitos en la frontera -es decir, se reforzaron los límites, pero no se cambiaron-. Es una zona que pertenece a la República Argentina y sobre la que nunca hubo diferencias entre los dos Estados.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 286

En esa calidad, la Provincia, en audiencia ordenatoria dispuesta por el Juez Federal interviniente celebrada el 31 de julio de 2015, requirió que se procediera al aislamiento ambiental de la escombrera a cargo de la Minera *Los Pelambres* y una serie de medidas complementarias y adicionales tales como: la presentación de un plan de trabajo conceptual y la respectiva ingeniería de detalle de los trabajos a realizar para el ordenamiento ambiental requerido; monitoreo de aguas superficiales y subterráneas en puntos críticos de la zona de influencia de la escombrera, a realizarse con la intervención del Instituto de Investigaciones Hidráulicas de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de San Juan, con una frecuencia mensual y por un lapso de cinco años, contados a partir de la finalización de la obra de aislamiento; monitoreo de la calidad de la obra de aislamiento a cargo del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente; garantía de Minera Los Pelambres por la calidad de la obra por un período de diez años contados a partir de su culminación.

Con el fin de dar cumplimiento a lo solicitado por el Fiscal de Estado, la provincia de San Juan y la Minera *Los Pelambres* con fecha 28 de abril de 2016, suscribieron un Acuerdo Marco[10].

Sin embargo, la suscripción de dicho acuerdo se encontraba en contravención con los arts. 41 de la Constitución Nacional, que prohíbe el ingreso de material contaminante al país; y art. 126 CN, que estipula que estos acuerdos deben ser ratificados por el Congreso Nacional y no por miembros de provincia.

Finalmente, como consecuencia de la presión de organizaciones no gubernamentales, se anuló el acuerdo y prosiguió la causa "*Xstrata Pachón S.A. c/ Minera Los Pelambres s/ civil y comercial – varios*".

III. 2. Segundo planteamiento judicial en sede penal

De manera concomitante, y ante la falta de avances judiciales, Glencore presentó el 08 de abril del año 2015 ante el Juzgado Federal de San Juan Nº2 -a cargo del Juez Leopoldo Rago Gallo– una denuncia penal contra los últimos tres gerentes generales de la Minera Los Pelambres: Ignacio Cruz Zabala, Alberto Cerdá Mery y Robert Andrew Mayne-Nicholls, por los delitos de usurpación, usurpación de aguas, contrabando y violación a la Ley Nº 24051, de "Residuos Peligrosos".

[10] Disponible en el sitio del Senado de la Nación (http://www.s enado.gov.ar/upload/ 19582.pdf) (onsulta de 22/09/2018].

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 287

El Gerente General de la Minera *Los Pelambres,* Robert Andrew Mayne-Nicholls declaró ante ese tribunal que: "*Contamos con todos los permisos del Estado chileno, posteriormente se comprueba que hay un error en los límites y eso es lo que genera toda esta situación*"[11].

Asimismo, la Empresa *Antofagasta Minerals S.A*. emitió un comunicado solicitando la "*participación de los Estados para la solución definitiva al conflicto por el botadero Cerro Amarillo*"[12]

III.3. Irregularidades en el actuar del Grupo minero Los Pelambres y la República de Chile en relación a los cuestionamientos judiciales

Con anterioridad a que Glencore presentara la denuncia penal en abril de 2015, el abogado contratado por la Minera *Los Pelambres*, Andrés Jana, le envió dos cartas a la Ministra de Minería de la República de Chile, Aurora Williams, quien antes de asumir trabajaba como Gerente de Antofagasta Terminal Internacional, una firma controlada por *Antofagasta Minerals S.A*. Las dos misivas tenían por objeto pedidos irregulares, a saber: primero, se le requirió al Ministerio de Minería del país trasandino certificación que reconozca que Minera *Los Pelambres* actuó en el desarrollo y gestión de la escombrera *Cerro Amarillo* de buena fe. El documento fue emitido dos semanas después con membrete oficial del Ministerio de Minería y la firma del Jefe de Gabinete de la cartera, Adolfo Galindo.

El mismo se trató de un trámite irregular, ya que el Gobierno no posee atribuciones para garantizar la buena fe de una empresa.

En segundo lugar, el abogado del emprendimiento, Jana, solicitó los resultados de un peritaje técnico que se realizó en las aguas alrededor de la escombrera. Ese estudio probaba, supuestamente, que no había contaminación en la zona, lo que reforzaba el argumento de *Antofagasta Minerals S.A*. de que trasladar la escombrera, además de costar unos 200 millones de dólares, provocaría más contaminación. El problema es que las muestras habían sido analizadas por la Consultora SGS, contratada por *Los Pelambres*, y fue la propia Minera la que le entregó los resultados

[11] Según consta en expediente de la causa (https://es.scrib d.com/doc ument/355 947809/L a-resoluci on-del-juez- Rago-Gallo -sobre-la-esc ombrera) (consultado de 25/09/2018.
[12] Ibidem.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 288

al Gobierno. Aun así, el Jefe de Gabinete se los dio al abogado Jana con el timbre oficial y su firma. Fue una maniobra para hacer aparentar al estudio como un peritaje estatal.[13]

III.4. Conclusiones de los planteamientos judiciales

El Juez Federal Leopoldo Rago Gallo hizo lugar al pedido del Fiscal Francisco Maldonado de retirar los desechos que dejó la escombrera chilena del lado argentino, luego de que se publicara el *Informe Final Pericia Pelambres*[14] del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación -el cual forma parte de la causa-.

En las conclusiones de dicho informe -y en contradicción completa con el informe elaborado por la Consultora SGS– se advierte que la concentración de sustancias tóxicas en territorio argentino llegó a ser hasta 71.000 veces superior a los límites regulados por la ley nacional, provocando dichos desperdicios la desaparición y reducción de hasta un 53% de los espejos de agua[15], y drenaje acido[16].

Además, el informe aclaró que la escombrera no cumplió con su propio plan de manejo de residuos, que exigía, entre otras cosas, la colocación de material aislante bajo las gomas; -en concreto, "*polietileno de 0,03 milímetros de espesor entre dos capas de arena y una superior de gravilla*"-[17].

Por otra parte, se hallaron "errores" e "inconsistencias" en el Estudio de Impacto Ambiental de la escombrera, cuyo mapa extrañamente se

[13] Todo terminó con un sumario interno y la salida del Jefe de Gabinete ministerial. Al poco tiempo volvió como asesor de la Ministro Aurora Williams y finalmente fue sancionado en diciembre a pagar una multa equivalente al 10% de su sueldo.

[14] La investigación incluyó pericia química sobre suelo y aguas, estudio de impacto ambiental, inspección ocular, planimetría y registro fotográfico del lugar. Informe disponible en: http://www.ene rnews.com/m edia/briefs/bo taderogate -las-pericias-de-ver gman_2372.pdf (consulta de 19/08/2018).

[15] A la hora de analizar las imágenes satelitales, el informe halló que entre 2006 y 2014 las lagunas pasaron de ocupar 18,5 a 13,2 hectáreas, y que las vegas cayeron de 13 hectáreas a 4,3 entre 2006 y 2010.

[16] "*Fuente de alteración de la naturaleza y un foco de generación de drenaje ácido y metales pesados con potencial de producir daño ambiental*", afirmó el estudio oficial. Extraído del sitio https://www.telam .com.ar/n otas/20170 7/194882- san-juan-minera-ch ilena-cont aminaci on.html (consulta de 31/08/2018).

[17] Informe cit., nota 14, p. 11.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 289

presentó sin una traza de la frontera, lo que habría delatado que casi la mitad está ubicada del lado argentino.

Por último, el informe subrayó la falta de actividades de monitoreo en la zona, derivando en una ausencia absoluta de control, tanto estatal como privado.

En su fallo, el Juez Federal Rago Gallo estableció que una vez removidos los desechos, se deberá proceder a la remoción total de la escombrera. Sin embargo, no se ha dejado constancia de fechas de retiro y remoción.

En las causas analizadas no se encuentran cuestionamientos a la República de Chile por los errores producidos y su falta de control al emprendimiento minero; por lo cual, –en el marco del corpus iuris internacional de protección ambiental–, a continuación, se analizarán las posibles obligaciones y responsabilidades del país trasandino en relación a la controversia producida.

IV. Obligaciones y responsabilidades de los Estados en materia ambiental

IV.1. Corpus iuris internacional de protección ambiental

El derecho internacional ha reconocido grandes avances en el desarrollo de directivas y normas sobre la protección ambiental. Es así que, en el transcurso de las últimas décadas, se ha generado un corpus iuris internacional de protección al ambiente, compuesto por la Declaración de Estocolmo del año 1972, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Rio+20 de 2012, la Agenda Mundial de Desarrollo Sostenible 2030 –conformada por 17 objetivos y 169 metas de carácter integrado e indivisible, que abarcan las esferas económica, social y ambiental–, adoptada en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible 2015, y una gran cantidad de resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, entre otros instrumentos internacionales.

En el contexto interamericano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) -único instrumento del Sistema

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 290

Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) oponible a todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA)- resaltó la importancia de respeto y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de la misma manera que los derechos civiles y políticos, "*dando una sensación instrumental de interdependencia e indivisibilidad*"[18].

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) reconoció expresamente el derecho al ambiente saludable[19], al establecer en su artículo 11 que "*toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos"; "Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente*".

A nivel jurisprudencial, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) reconoció que el ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio de vida, la calidad de vida, y la salud misma de todo ser humano, incluida la generación de individuos por nacer.[20]

Dicha Corte agregó que, en materia de protección ambiental, la vigilancia y prevención son requeridas debido al carácter generalmente irreversible del daño al ambiente, como así también, debido a las limitaciones inherentes a las formas de reparación de este tipo de daño[21]. A su vez, se observó que a lo largo del tiempo el hombre ha interferido en la naturaleza por razones económicas -entre otras razones-; sin embargo, es necesario reconciliar el desarrollo económico con la protección del ambiente[22].

Incluso años antes de que la CIJ abordará la temática -aunque en la misma tesitura- el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de-

[18] CORTE IDH, *Caso González Lluy vs. Ecuador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2015. Serie C N° 298, párr. 172; SALVIOLI, F. "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos", *Revista IIDH*, vol. 39, 2004, p. 106.

[19] Adicionalmente, este derecho debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[20] CIJ. *Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza y uso de las armas nucleares.* 8 de julio de 1996, párr. 29.

[21] CIJ. *Caso Gabčikovo – Nagymaros (Hungría / Eslovaquia)*, 25 de septiembre de 1997, párr.140.

[22] Ibíd.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 291

terminó que los Estados deben lograr un equilibrio entre la protección al ambiente y otros objetivos relevantes para la sociedad, como el desarrollo económico[23]. aclarando que este equilibrio debe ser razonable y no conducir a violaciones previsibles e injustificadas de los derechos humanos[24].

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos también hubo pronunciamientos sobre la materia. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reconoció la importancia del desarrollo económico para la prosperidad de los pueblos, resaltando, a su vez, que las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas cautelares y efectivas para garantizar que ellas no se lleven a cabo a expensas de los derechos fundamentales de las personas[25].

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó la evidente interrelación entre los derechos económicos, sociales y culturales y los demás derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, destacó que "*la defensa de los derechos humanos no sólo atiende a los derechos civiles y políticos; esta labor abarca necesariamente las actividades de denuncia, vigilancia y educación sobre DESC, de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia reconocidos en la DADDH, la Convención Americana, la Carta Democrática Interamericana y por este Tribunal en su jurisprudencia*"[26].

Más allá de los avances realizados por los sistemas interamericano, europeo y universal, el Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos es el que se encuentra a la vanguardia en esta temática, toda vez que la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos -en su artículo 24- establece que todos los pueblos tienen el derecho a un

[23] TEDH. *Hatton vs. Reino Unido*. Sentencia del 8 de julio de 2003, Aplicación N° 360022/97, párr. 98; TEDH. *López Ostra vs. España*. Sentencia del 9 de diciembre de 1994, Aplicación N° 16798/90, párr. 58.

[24] Ibíd.

[25] CIDH. Informe N° 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, Fondo, 12 de octubre de 2004, párr. 150.

[26] CORTE IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 03 de abril de 2009, Serie C N° 196, párr. 147. CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 1 de julio de 2009, Serie C N° 198, párr. 101.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 292

ambiente satisfactorio que sea favorable a su desarrollo[27]. De esta manera, se convierte en el único sistema que considera de manera indivisible la relación entre los derechos de la persona y la protección del ambiente.

Como resultado de los avances de los estudios y de la comprensión sobre la relación entre protección ambiental y disfrute de los derechos humanos, más de cien constituciones nacionales contienen en sus textos normas que imponen a los Estados y a la colectividad el deber de proteger y preservar el ambiente de daños ambientales[28].

IV.2. Normativa particular en relación a las industrias extractivas y los derechos humanos

Inmersos en este corpus iuris internacional de protección ambiental, las consecuencias de los proyectos de extracción desarrollados por empresas transnacionales sobre los derechos humanos son objeto de interés por parte de la comunidad internacional -incluidos los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos-, interés debido particularmente a la complejidad que acarrea la necesidad de determinar la responsabilidad internacional del Estado frente a los actos de estos poderosos agentes económicos.

En efecto, las actividades de las empresas transnacionales plantean retos muy específicos con relación al respeto, promoción y protección de los derechos humanos tanto por el carácter multinacional de sus operaciones, como por su fácil acceso al poder político[29].

[27] Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981 (http://www.a cnur.org/fil eadmin/Do cumentos/B DL/2002/1 297.pdf? view=1) (consulta de 22/09/2018).

[28] En la República Argentina, el derecho al ambiente sano adquirió reconocimiento constitucional en la reforma de la Constitución Nacional de 1994. Así, su art. 41 establece que "todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo". Por su parte, la Constitución Política de la República de Chile reconoce este derecho en su art. 19, inc. 8), al establecer: "La Constitución asegura a todas las personas (…) el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la Naturaleza (…)".

[29] El fenómeno de la globalización económica ha traído como consecuencia natural la ampliación de la esfera de influencia de cualquier empresa en el mundo. El crecimiento exponencial de éstas, el aumento de sus capacidades financieras,

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 293

Es por ello que la comunidad internacional ha debatido cómo regular la conducta de las empresas, con el objetivo de proteger los derechos humanos de las personas que están en su rango de influencia y, en su caso, garantizar reparaciones adecuadas[30].

Actualmente, el vínculo entre empresas y derechos humanos se encuentra regido principalmente -aunque sin carácter vinculante- por los "*Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*"[31], elaborados entre 2005-2011 por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas, John Ruggie -principios reconocidos formalmente por el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2011-[32].

En las Américas, las industrias extractivas plantean al menos dos características particulares: en primer término, la prioridad que los gobiernos le han otorgado al sector dentro de sus políticas macroeconómicas[33]. En segundo lugar, la debilidad del marco normativo e institucional que regula el funcionamiento del sector extractivo, orientado a estimular la inversión privada mediante facilidades e incentivos que contravienen los estándares de protección del medio ambiente y los derechos humanos[34].

---

y el control del 80% de toda la cadena de valor del comercio internacional por empresas transnacionales son prueba de ello. V. AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Injusticia, S.A. Los abusos empresariales y el derecho humano a un recurso, Reuters*, 2014 (https://www.am nesty.org/d ownload/D ocument s/8000/po l300012 014es.p df= (consulta de 18/09/2018). V. GRUPO DE TRABAJO SOBRE MINERÍA Y DERECHOS HUMANOS. *El Impacto de la Minería Canadiense en América Latina y la Responsabilidad de Canadá: Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2014 (http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_canada_resumen_ejecutivo.pdf) (consulta de 19/09/2018).

[30] RUGGIE, John (Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas). *Informe Final de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, DOC. O.N.U. A/HRC/17/31, 2011, pp. 3-4.

[31] RUGGIE, John. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos,* cit.

[32] Ver Res. N° 17/4 del Consejo de Derechos Humanos, Doc. O.N.U. A/HRC/RES/17/4.

[33] FUNDACIÓN FORO NACIONAL POR COLOMBIA. *La Normativa Minera en Países de América Latina: Un Estudio sobre Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú*. (https://www.ocmal.org/wp- content/up loads/20 17/03/La-normativa-minera-en-paises-de-America-Latina-2013.pdf) (consulta de 18/09/2018).

[34] ABRAMOVICH, Víctor. "Poderes regulatorios estatales en el pluralismo jurí-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 294

En el marco de la jurisprudencia del SIDH, ya se ha establecido la responsabilidad de los Estados por la violación a derechos cometidos por particulares[35] y existen estándares vigentes sobre las obligaciones de los Estados anfitriones de mega proyectos que afectan los derechos de comunidades indígenas[36].

No obstante, aún no hay pronunciamientos específicos sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad internacional al Estado de origen de las empresas responsables de violaciones de derechos humanos por daños transfronterizos[37].

En los últimos años, diversos mecanismos de las Naciones Unidas se han referido a las obligaciones extraterritoriales de los Estados y han contribuido a establecer y consolidar la comprensión de cómo aplicar el concepto de jurisdicción a las acciones y omisiones de los Estados que tienen efectos fuera de sus fronteras[38].

En materia de medio ambiente, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navanethem Pillay, reconoció que la dimensión extraterritorial de la vinculación entre los derechos huma-

---

dico global: cómo los regímenes económicos internacionales imponen a los Estados mandatos contradictorios con los derechos humanos", *SUR-INT´L J. HUM. RTS*, 2015, p. 5. (http://sur.con ectas.or g/wp-conten t/uploa ds/2015/10 /Sur-21_espano l_compl eto.pdf) (consulta de 23/09/2018).

[35] CORTE IDH. *Caso González ("Campo Algodonero") vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205, párr. 280; CORTE IDH. *Caso Granier (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de junio de 2015, Serie C N° 293, párr. 151.

[36] CIDH. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo,* cit., párr. 11.

[37] En el presente artículo, se adopta como definición de "*daño transfronterizo*" la establecida por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en "*Proyecto de Principios sobre asignación de pérdidas en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*", Principio N° 2, inc. e): "*Se entiende por 'daño transfronterizo' el daño causado a las personas, los bienes o el medio ambiente en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado que no es el Estado de origen*". Informe de la CDI, 58º Ses., A/61/10, 2006. (http://repository .un.org/b itstream/han dle/111 76/165 819/A_61 _10-ES.pd f?sequenc e=6&isA llowed=y) (consulta de 22/09/2018).

[38] Ver RED-DESC. *Economía global, Derechos globales: guía para interpretar las obligaciones relacionadas con los derechos humanos en la economía global* (2014). (https://www.escr-net.org/sites/default/files /Economia%20Global%20Derechos%20Globales.pdf) (consulta de 18/09/2018).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 295

nos y el medio ambiente resultaba evidente en la esfera de los daños ambientales transfronterizos, toda vez que éstos se producen cuando la degradación del medio ambiente obstaculiza los derechos de personas que están fuera del territorio del Estado donde tiene lugar la actividad dañina, es decir, los medios contaminantes, como el aire y el agua, pueden cruzar fácilmente las fronteras.[39]

En el mismo sentido, Catalina de Alburquerque, Relatora Especial sobre el Derecho al Agua y el Saneamiento, exploró el alcance de las obligaciones extraterritoriales y determinó que los Estados están obligados a evitar la contaminación de los recursos de agua más allá de sus fronteras, para lo cual debían prestar especial atención a regular la actuación de los agentes no estatales[40].

La evidencia más fehaciente de la creciente fuerza que han cobrado las obligaciones extraterritoriales en el plano internacional es la adopción de los "Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en la esfera de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", los cuales definen precisamente la dimensión extraterritorial de la normativa de derechos humanos en la esfera de los DESC y -al mismo tiempo–, contribuyen al desarrollo progresivo de esa dimensión en relación con los derechos civiles y políticos[41].

Teniendo en cuenta el avance internacional hacia un reconocimiento firme de las obligaciones de los Estados por encima de sus límites territoriales, sería relevante analizar la posibilidad de ampliar la noción de *jurisdicción* consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

En sus primeros asuntos, la CIDH estableció que la interpretación de la noción jurisdicción requería la determinación de un nexo de causalidad entre la conducta extraterritorial de un Estado y la alegada violación de los derechos y libertades de una persona. Hasta ahora, este nexo causal se ha vinculado a los conceptos de autoridad y control efectivo.

[39] PILLAY, Navanethem (Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos). *Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente* (2011), párr. 65. Doc. O.N.U. A/HRC/19/34.

[40] Albuquerque, Catarina. (Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento). *El derecho humano al agua potable y el saneamiento*, párr. 46, Doc. O.N.U. A/68/264.

[41] ETO CONSORTIUM. *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Fian International, 2013. (http://www.etoc onsortium.or g/nc/en/ma in-navigation /library/ma astricht-prin ciples/) (consulta de 22/09/2018).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 296

No obstante, resultan ser visiones limitadas frente a la actual evolución del derecho internacional de los derechos humanos en materia de obligaciones extraterritoriales y principalmente, respecto el papel que han cobrado las industrias extractivas en América Latina. De modo que es necesaria una interpretación evolutiva del significado de dicho precepto convencional que se ajuste a la tutela más amplia de los derechos humanos.

El sistema normativo de derechos humanos no constituye una estructura jurídica rígida. La comprensión de sus normas gana nueva percepción que va ampliándose a la medida que surgen nuevas amenazas que ponen en riesgo la posibilidad de los seres humanos de lograr vida plena y digna.

La Corte IDH ha señalado reiteradamente que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales[42]. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el art. 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

IV. 3. Opinión Consultiva OC 23/17 sobre "Medio Ambiente y Derechos Humanos"[43]

Es en esta comprensión, y en el marco del proceso que surgió por la solicitud formulada por el Estado de Colombia el 14 de marzo de 2016, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó el 15 de noviembre de 2017 la Opinión Consultiva OC 23/17 sobre "Medio Ambiente y Derechos Humanos"[44].

---

[42] CORTE IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, párr. 193. Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Serie C N° 318, párr. 245.

[43] CORTE IDH. *Medio Ambiente y Derechos Humanos. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal -interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A N° 23 (http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_04_18.pdf) (consulta de 15/08/2018).

[44] Dicha Opinión Consultiva fue notificada el día 07 de febrero de 2018.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 297

En dicha Opinión Consultiva, la Corte IDH desarrolló por primera vez el contenido del derecho al medio ambiente sano, asignándole la condición de justiciabilidad directa a los derechos económicos, sociales y culturales del art. 26 de la CADH, y destacando la relación de interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible.

Particularmente, determinó que los Estados deben prevenir los daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio, lo cual implica que deban regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción, realizar estudios de impacto ambiental, establecer planes de contingencia y mitigar los daños ocurridos.

En este sentido, enfatizó que la responsabilidad de los Estados no se limita a su territorio, sino que se proyecta a los posibles daños ambientales transfronterizos y estableció el deber de cooperar, consultar y negociar con los Estados potencialmente afectados.

Tomando en cuenta que frecuentemente no es posible restaurar la situación existente antes de la ocurrencia de un daño ambiental, la prevención debe ser la política principal respecto a la protección del medio ambiente. Esta obligación debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, el cual debe ser el apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental. De esta forma, las medidas que un Estado deba adoptar para la conservación de ecosistemas frágiles serán mayores y distintas a las que corresponda adoptar frente al riesgo de daño ambiental de otros componentes del medio ambiente.

Con sustento en lo descripto, se analizará a continuación las obligaciones y las posibles responsabilidades de la República de Chile por las graves consecuencias medioambientales producidas en la República Argentina como devenir de la autorización, instalación e irregular utilización de la escombrera Cerro Amarillo, por parte del grupo minero *Los Pelambres*.

IV. 4. Análisis del caso concreto planteado

El grupo minero *Los Pelambres* ha sostenido en las distintas actuaciones judiciales -analizadas en el apartado III de este ensayo- que ha obtenido los permisos ambientales y mineros requeridos para la instalación de la escombrera de acuerdo a la legislación y cartografía oficial chilena en-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 298

tonces vigente, que indicaban que el botadero estaba íntegramente en territorio chileno y de Minera *Los Pelambres*.

Por nota de la Embajada de Chile a la Cancillería Argentina -Cancillería que requería se aclare esta cuestión–, el gobierno trasandino -reconociendo su error y por consiguiente su responsabilidad por negligencia- informó que "*(…) los trabajos correspondieron exclusivamente al traslado de material estéril a un botadero, una parte del cual fue proyectado 'erróneamente en territorio argentino*'"[45].

La confusión de límites se debió a que la República de Chile entregó cartografía errónea al grupo minero cuando éste solicitó los permisos para la instalación de la escombrera, debido a que la Dirección de Fronteras y Límites de la República de Chile (DIFROL) no comunicó al Instituto Geográfico Militar chileno (IGM) la actualización de los mapas[46]. Por lo cual, para autorizar la instalación de la escombrera se utilizaron mapas elaborados en el año 1994.

La falta o deficiente realización por parte de las autoridades chilenas de investigaciones y estudios apropiados para evaluar con antelación y prevenir los efectos de la actividad de la empresa sobre los derechos y el medio ambiente contraviene el deber de actuar con debida diligencia ante emprendimientos de gran escala.

Es posible sostener que si bien la noción de "*debida diligencia*" resulta un concepto flexible, susceptible de ser adaptado a la circunstancias del caso en forma muy diversa, la doctrina resulta pacífica en señalar que debe entenderse por ella, la conducta propia de un buen gobierno, a cuyo fin, determinados factores deben de ser tenidos en consideración, -tales como el control que el Estado ejerce sobre su territorio, la naturaleza de las actividades desarrolladas, la previsibilidad de daños, los recursos disponibles en el Estado[47], entre otros–[48].

[45] Nota obrante en la versión taquigráfica de la Cámara de Senadores de la República Argentina de fecha 14 de septiembre de 2016 (http://www.s enado.gov.ar/uplo ad/1963 7.pdf) (consulta de 19/09/2018).

[46] El Instituto Geográfico Militar consultó en los años 1996, 2000 y 2004 a la Dirección de Fronteras y Limites por posibles actualizaciones, y dicha repartición no informó actualización alguna. Ver nota a ex Embajador y ex Cónsul de Chile en Bolivia, Jorge Canelas (http://carga.pr ensainternac ional.mrecic .gov.ar/aqui-hay-una-clara-negligencia-y-todo–indica-que-proviene-de-la-cancilleria) (consulta de 20/09/2018).

[47] Destacar que la obligación de actuar con la debida diligencia en materia de responsabilidad por daños transfronterizos resulta aplicable a la totalidad de los

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 299

A partir de las directivas y obligaciones generales y el contenido de los derechos humanos más relevantes en materia de proyectos de extracción y desarrollo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que las obligaciones estatales en estos contextos, giran en torno a seis ejes centrales: (i) el deber de adoptar un marco normativo adecuado y efectivo, (ii) el deber de prevenir las violaciones de derechos humanos, (iii) la obligación de supervisar y fiscalizar las actividades de las empresas y otros actores no estatales, (iv) el deber de garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información, (v) el deber de prevenir actividades ilegales y formas de violencia, y (vi) el deber de garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos en estos contextos[49].

Como parte del deber de prevenir violaciones de derechos humanos, los órganos del sistema interamericano han desarrollado el concepto de "diligencia debida"[50]. Según afirmó la Corte Interamericana en la sentencia del Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras: "*(…) un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención*"[51].

Este deber de diligencia por parte del Estado debe asimismo ponderarse a la luz de los planes de desarrollo o de inversión a gran escala[52],

Estados, por cuanto resulta esperable de todos éstos, sin perjuicio de cuan desarrollados sean.

[48] GOMEZ - ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. "*Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado sin hecho ilícito y la contaminación marina*", p. 237. (http://www.juri dicas.una m.mx/public ca/librev /rev/boletin/ cont /45 /art/art2.pd f), consulta de 23/09/2018.

[49] CIDH. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, cit., párr. 65.

[50] Ibid. párr. 83.

[51] CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párr. 172. V. CORTE IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C N° 70, párr. 210.

[52] Para determinar el alcance de la expresión "*planes de desarrollo o de inversión a gran escala*", la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió al In-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 300

como lo es en el presente caso el emprendimiento minero *Los Pelambres*. Por su parte, la CIJ ha señalado que la obligación de prevención surge cuando hay riesgo de un daño significativo. De acuerdo a dicho Tribunal, el carácter significativo de un riesgo se puede determinar tomando en cuenta la naturaleza y magnitud del proyecto y el contexto donde será llevado a cabo[53].

Asimismo, el TEDH ha señalado que, cuando un Estado debe determinar cuestiones complejas de política medioambiental y económica, el proceso de toma de decisiones debe, en primer lugar, incluir investigaciones y estudios adecuados que les permitan predecir y evaluar con anticipación los efectos de aquellas actividades que puedan dañar el medio ambiente e infringir los derechos de los particulares y permitirles encontrar un justo equilibrio entre los distintos intereses en conflicto[54].

Se considera que, en el presente caso, por la magnitud del emprendimiento minero, y por la importancia y posible afectación al ambiente -tanto dentro como fuera de la jurisdicción- por la instalación de una escombrera, la República de Chile ha demostrado un incumplimiento en la obligación de prevención y una falta o deficiente observación de la debida diligencia que deben cumplir los Estados para la autorización de estos proyectos extractivos[55], contrariando lo expresado por la Corte IDH

forme del (ex) Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la Res. N° 2002/65 de la Comisión, 21 de enero de 2003, el que en su párr. 6 establece que la noción hace referencia a: "*proceso de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional para la creación o la mejora de la infraestructura física de una región determinada, la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad sobre la misma, la explotación en gran escala de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo, la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, refinerías, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares*".

[53] CIJ. *Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina Vs. Uruguay)*. Sentencia del 20 de abril de 2010, párr. 101. CIJ. *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica Vs. Nicaragua),* Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua Vs. Costa Rica). Sentencia del 16 de noviembre de 2015, párr. 153.

[54] TEDH. Hatton vs. Reino Unido, citado supra, párr. 128. TEDH. Taskin vs. Turquía. Sentencia del 10 de noviembre de 2004. Aplicación N° 46117/99, párr. 119.

[55] La estrecha vinculación de la exigencia de evaluar los riesgos y el deber de prevención frente a incidentes específicos ha sido evidenciada por el TEDH en casos concretos, como el de Tatar v. Rumania, relativo al vertimiento de agua contaminada con cianuro por parte de una empresa minera (TEDH. Tatar vs. Rumania. 27 de enero de 2009, Aplicación N° 67021/01, párr. 114).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 301

en su Opinión Consultiva OC 23/17[56]. Asimismo, una vez instalada la escombrera *Cerro Amarillo*, la República de Chile no supervisó ni fiscalizó al emprendimiento minero por su irregular actuar en el botadero de residuos peligrosos, que afectaban tanto a recursos dentro de su jurisdicción como fuera de la misma, permitiendo que el grupo minero incumpla con su propio plan de manejo de residuos.

Al respecto, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos establecen que "*los Estados deben asegurarse de su capacidad de supervisar efectivamente las actividades de las empresas, en particular mediante mecanismos adecuados e independientes de supervisión y de rendición de cuentas*"[57].

Por su parte, la CIDH ha establecido que el deber de supervisar y fiscalizar la actuación de las empresas no se agota con la realización de un informe de impacto social y ambiental previo a la realización de un proyecto, sino que debe ser llevado a cabo de modo continuo, durante todo el desarrollo del proyecto.[58]

V. Conclusión

Con el transcurso del tiempo -y ante una creciente concientización global de la importancia de un ambiente sano-, ha surgido un corpus iuris internacional de protección ambiental que establece directivas y obligaciones claras a empresas, industrias extractivas y Estados, en aras de evitar contaminación y daños transfronterizos por explotación de recursos u obras de infraestructura. Este marco jurídico internacional tiene correlación directa con el derecho internacional de los derechos humanos, y

[56] En este artículo se comparte la postura doctrinaria del valor vinculante de las opiniones consultivas de la Corte IDH para todos los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto se comprende que si la Corte IDH es el órgano natural para interpretar la CADH, la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en mera consulta, tendrá de principio el mismo valor de la norma interpretada.

[57] RUGGIE, John. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, cit., principio 5.

[58] CIDH. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. Informe cit., párr. 104.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 302

específicamente con los derechos que surgen del sistema interamericano de derechos humanos.

El progreso social y la prosperidad económica pueden sustentarse sólo con un medio saludable y con ecosistemas y recursos naturales gestionados con cuidado y responsabilidad.

Para responder a un modelo de desarrollo sostenible, las industrias extractivas deben incorporar prácticas medioambientales adecuadas a lo largo de todas las etapas del proceso, desde la extracción y el tratamiento hasta la entrega de los productos acabados al consumidor, incluyendo la restauración de las zonas afectadas por la explotación.

A pesar del notable desarrollo del marco que regula las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos con miras a exigir su responsabilidad social en torno a la realización de los mismos, lo cierto es que los Estados no deberían dejar de ser considerados los máximos responsables de cumplir con los estándares internacionales en la materia.

Por un lado, en términos políticos, en los Estados debe recaer la exigencia extraterritorial de encarar los retos de la globalización y de la creciente participación de empresas extractivas en los asuntos de interés público para el respeto, goce, promoción y protección de los derechos humanos. Por otro lado, en términos prácticos y jurídicos, ello es así porque las propias normas del derecho interamericano de los derechos humanos en materia de atribución de responsabilidad consideran que recae únicamente en los Estados la obligación erga omnes de hacer respetar los derechos humanos, incluso en las relaciones entre particulares.

Sin dudas, el carácter de la responsabilidad internacional del Estado por daños transfronterizos resultante de actividades no prohibidas, constituye uno de los temas más controvertidos en el estadio actual de desarrollo del derecho internacional.

Esto es debido al reconocimiento de que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluyendo el otorgamiento de concesiones y la apertura a inversiones internacionales. Sin embargo, las actividades extractivas de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos humanos de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 303

La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares ha sido abordada por la CIDH y la Corte Interamericana, reconociendo que los Estados tienen el deber de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos por los instrumentos interamericanos en las relaciones interindividuales, así como prevenir con debida diligencia las violaciones de tales derechos e investigar, sancionar y reparar sus consecuencias.

En virtud de ello y aplicando el derecho internacional de los derechos humanos -enfatizando en la jurisprudencia y en la función consultiva del Sistema Interamericano- y en concordancia con los principios y obligaciones de derecho ambiental internacional, se concluye que -en efecto, en el caso bajo consideración- le es atribuible responsabilidad a la República de Chile ante la situación concreta planteada.

Resulta imprescindible que cada Estado de la región asuma las obligaciones que surgen del derecho internacional del ambiente y del derecho internacional de los derechos humanos con relación al aprovechamiento racional de sus recursos y la preservación del ambiente global. Sólo de este modo será posible garantizar que las personas sean beneficiarias y no víctimas del desarrollo económico.

VI. Bibliografía

ABRAMOVICH, Victor. "Poderes regulatorios estatales en el pluralismo jurídico global: cómo los regímenes económicos internacionales imponen a los Estados mandatos contradictorios con los derechos humanos", *SUR-INT´L J. HUM. RTS.*, 2015.

ALBUQUERQUE, Catarina. *El derecho humano al agua potable y el saneamiento*, Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, ONU, 2013.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Injusticia, S.A. Los abusos empresariales y el derecho humano a un recurso*, Reuters, 2014.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Informe temático, 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Medio Ambiente y Derechos Humanos. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 304

en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal –interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–. Opinión Consultiva OC-23/17, Serie A N° 23, 2017.

ETO CONSORTIUM. *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Fian International, 2013.

FUNDACIÓN FORO NACIONAL POR COLOMBIA. *La Normativa Minera en Países de América Latina: Un Estudio sobre Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú*, 2013.

GOMEZ - ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. *"Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado sin hecho ilícito y la contaminación marina"*, en Derecho Internacional. Temas selectos, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE MINERÍA Y DERECHOS HUMANOS. *El Impacto de la Minería Canadiense en América Latina y la Responsabilidad de Canadá: Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, MISEREOR, 2014.

PILLAY, Navanethem. *Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente*. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONU, 2011.

RED-DESC. *Economía global, Derechos globales: Guía para interpretar las obligaciones relacionadas con los derechos humanos en la economía global*, 2014.

RUGGIE, John. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Informe Final del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, ONU, 2011.

SALVIOLI, Fabian. "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos", *Revista IIDH,* vol. 39, 2004.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 305

LA GESTIÓN DE LA VARIABLE AMBIENTAL Y LA INFRAESTRUCTURA PÚBLICA*

THE MANAGEMENT OF THE ENVIRONMENTAL VARIABLE AND PUBLIC INFRASTRUCTURE

Lorena Eva Dasenchich**

---

* *Este trabajo, presentado bajo el seudónimo "Inés de la Cruz", fue distinguido con "PRIMERA MENCIÓN" en el Concurso de Monografías 2018 sobre el tema "Derecho Ambiental y Derechos Humanos", 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 "Inés de la Cruz" ha correspondido a la Abogada Lorena Eva Dasenchich.*

** *Abogada (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Diplomada en Gestión de la Obra Pública (UNC). Diplomada en Servicios Públicos-Gestión, Regulación y Control (UNC). Maestría en Administración Pública-Mención en Políticas Públicas (UNC).*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 306

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 307

Resumen: El presente trabajo se centra en la importancia de la previsión de la variable ambiental en la etapa técnico-política de decisión y planificación de las infraestructuras públicas, delineando la obligación del estado en la gestión y gobierno de los riesgos ambientales, a los fines de prevenir, en primer lugar, y en su caso gestionar los eventuales impactos ambientales en la comunidad, en especial, resaltando la interdependencia e indivisibilidad entre derechos humanos, desarrollo sostenible y protección del medio ambiente, en el marco de la Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se mencionan las Metodologías de Análisis de Ciclo de Vida (ACV), ENVISION (con su novedosa actualización ENVISION V3) y las sociedades de triple impacto (Certificaciones B), como herramientas para evaluar proyectos de infraestructura en relación con sus aspectos económicos, ambientales y sociales.

Palabras-clave: Derechos Humanos – Medioambiente – Infraestructuras públicas – Desarrollo sostenible – Vulnerabilidades – Riesgo.

Abstract: This paper focuses on the importance of the forecast of the environmental variable in the technical-political stage of decision and planning of public infrastructure, outlining the obligation of the state in the management and governance of environmental risks, for the purpose to prevent, in the first place, and, where appropriate, manage eventual environmental impacts in the community, especially highlighting the interdependence and indivisibility between human rights, sustainable development and environmental protection, within the framework of Advisory Opinion 23/2017 of the Inter-American Court of Human Rights. The Life Cycle Analysis Methodologies (LCA), ENVISION (with its novel update ENVISION V3) and the triple impact societies (Certifications B) are mentioned as tools to evaluate infrastructure projects in relation to their economic, environmental and social aspects.

Keywords: Human Rights - Environment - Public infrastructure - Sustainable development - Vulnerabilities - Risk.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 308

Sumario: I. Introducción. II. ¿De qué hablamos cuando nos referimos a infraestructura sustentable y gestión del riesgo? III. Marco legal en la Provincia de Córdoba. IV. Herramientas. IV.1. Metodología ACV. Análisis del ciclo de vida. IV. 2. Metodología ENVISION (su actualización ENVISION V3). IV. 3. Sociedades de Triple impacto (Certificaciones B). V. Palabras finales. VI. Bibliografía.

I. Introducción

"¿Has visto en tu ciudad alguna construcción que nunca se concluyó por falta de recursos? ¿Has sufrido interrupciones del servicio de luz o agua potable debido a huracanes o inundaciones? ¿Hay comunidades en tu país luchando contra proyectos de infraestructura que se construyen en sus localidades? Estos son sólo algunos ejemplos de los problemas que pueden surgir cuando se construye infraestructura sin tomar en cuenta los riesgos involucrados y se ignoran los impactos potenciales en la sociedad"[1]

"(Las Ciudades están lejos de ofrecer condiciones y oportunidades equitativas a sus habitantes. La población urbana, en su mayoría, está privada o limitada -en virtud de sus características económicas, sociales, culturales, étnicas, de género y edad- para satisfacer sus más elementales necesidades y derechos. Contribuyen a ello las políticas públicas, que al desconocer los aportes de los procesos de poblamiento popular o la construcción de ciudad y de ciudadanía, violentan la vida urbana. Grave consecuencia de esto son los desalojos masivos, la segregación, y el consecuente deterioro de la convivencia social"[2].

"Este año, los líderes mundiales tienen la oportunidad sin precedentes de

[1] https://blogs.iadb.org/ciudades sostenibles/ 2015/03/03/infraestructura-sostenible /

[2] Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad. Foro Social de las Américas, Quito, julio 2004, Foro Mundial Urbano, Barcelona-Quito, octubre 2004 (www.hic-al.org).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 309

poner el mundo en la senda del desarrollo incluyente, sostenible y resiliente"[3]

El presente trabajo se centrará en destacar la importancia de la previsión de la variable ambiental en la etapa técnico-política de decisión y planificación de las infraestructuras públicas, delineando la obligación del Estado en la gestión y gobierno de los riesgos ambientales, a los fines de prevenir, en primer lugar, y en su caso gestionar los eventuales impactos ambientales que se generen en la comunidad, cuantificando los costos de ambas acciones e identificando el sujeto que debe soportarlos.

Con especial referencia a la Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[4], se abordará la concretización de los tratados y principios del derecho internacional de los derechos humanos -en particular los referidos al medio ambiente- en la política pública interna de los tres órganos del Estado. En este sentido, la propuesta se construye como una ida y vuelta entre la jurisdicción supra estatal y las decisiones internas en los distintos niveles de gobierno, en particular, en la Provincia de Córdoba.

Se mencionarán las Metodologías de Análisis de Ciclo de Vida (ACV), ENVISION (con su novedosa actualización ENVISION V3) y las sociedades de triple impacto (Certificaciones B), como herramientas para autoevaluar o evaluar por terceros -en un proceso de verificación y certificación en el caso de ACV- proyectos de infraestructura de todos los tipos y tamaños en relación con sus aspectos económicos, ambientales y su contribución social.

---

[3] CLARK, Helen. Administradora del PNUD. Cumbre para el Desarrollo Sostenible llevada a cabo en septiembre de 2015. Los Estados Miembros de la ONU aprobaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que incluye un conjunto de 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) para poner fin a la pobreza, luchar contra la desigualdad y la injusticia, y hacer frente al cambio climático.

[4] CorteIDH - Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (http://www.cor teidh.or. cr/docs/o piniones/s eriea_23_esp.pd f).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 310

A los fines del presente, y en base a la mirada propuesta (internacional/interna), conceptualizamos al *medio ambiente, "bien colectivo supremo"*[5], como una problemática interdisciplinaria y compleja, excediendo ampliamente el objeto de estudio del derecho de los recursos naturales, comprensivo no sólo de la tutela del patrimonio natural sino también del cultural, social e incluso del componente humano -y su inescindible vínculo con el desarrollo sostenible[6] y la promoción de los sectores vulnerables[7]-, con anclaje jurídico en los derechos de incidencia colectiva (o intereses difusos) referidos a los bienes y los valores colectivos[8]; y a la *infraestructura*[9] *pública/obra pública*, como

[5] Tribunal Superior de Justicia CEMINCOR y otra c/Superior gobierno de la provincia-acción declarativa de inconstitucionalidad. Sentencia N° 9 del 11/08/2015.

[6] El desarrollo sostenible está compuesto de tres dimensiones, la económica y social y la ambiental. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 70/1, titulada "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", 25 de septiembre de 2015, Doc. ONU A/RES/70/1, preámbulo y párrs. 3, 8, 9, 10, 33, 35 y 67. Incorpora la dimensión política el párrafo preambular 13 de la Declaración sobre Desarrollo Sustentable de la International Law Association (2002).

[7] La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente en Estocolmo 1972, definió al medio ambiente -que en ese momento se lo denominaba medio humano- como el conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos o indirectos, en un plazo corto o largo, sobre los seres vivos y las actividades humanas. A posteriori de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992 "Cumbre de la Tierra"), el concepto de medio ambiente fue formalmente asimilado dentro de la noción más amplia de "desarrollo medioambientalmente sostenible", estableciendo la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible los tres pilares del desarrollo sostenible: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental (adoptada en la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 4 de septiembre de 2002, Doc. ONU A/CONF. 199/20, párr. 5). Es decir, la idea de que la protección del medio ambiente y la administración de los recursos naturales deben integrarse en las cuestiones socio-económicas de pobreza y subdesarrollo (y la consiguiente protección de los grupos vulnerables); satisfaciendo las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

[8] Fallos: 332:111 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo". "*El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con 59. connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 311

"*(…) toda construcción o trabajo destinado a satisfacer un interés general* -entendido como bien común[10] con eje en la dignidad de la persona humana[11]-, *que realice la provincia por sí o por terceros y lo ejecutado ingrese al dominio público o privado del Estado (…)*"[12].

---

con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad". CorteIDH - Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, párr. 59, p. 27.

[9] "*La infraestructura puede ser definida como las estructuras físicas y organizativas, redes o sistemas necesarios para el buen funcionamiento de una sociedad y su economía. Los diferentes componentes de la infraestructura de una sociedad pueden existir ya sea en el sector público o privado, dependiendo como son poseídos, administrados y regulados (compartido con el sector gubernamental/privado según sea la propiedad y la administración, según ocurre en algunos casos) La infraestructura puede ser física o social, con las dos categorías definidas así: - La infraestructura física constituye instalaciones públicas que unen partes de la ciudad y proporcionan los servicios básicos que la ciudad necesita para el funcionamiento, como la red de caminos y servicios públicos. - La infraestructura social y económica incluye facilidades tales como hospitales, parques y jardines, centros comunitarios, librerías, entretenimiento e instalaciones para hacer compras, y edificios educativos. Mientras los beneficios de la infraestructura física son claramente tangibles, los beneficios de la infraestructura social son a menudo intangibles*" (Balachandran, n/d). UNDP-ISDR "Nota de orientación sobre recuperación: Infraestructura", p. 2.
(http://eird.org/pr14/c d/documento s/espanol/P ublicacionesre levantes/ Recuperac ion/6-Infraestr uctura.pdf).

[10] La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus opiniones consultivas nros 5 y 6 plantea que "*se puede entender el bien común como un concepto referido a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. Es un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana*". Este no es un criterio abstracto, mayoritario y colectivista, sino que se encuentra sustentado en la persona y sus derechos. Asimismo, la CIDH estableció un restringido criterio de interpretación en relación a la limitación de los derechos fundamentales cuando se invoquen razones de interés público, orden público o bien común, donde ningún derecho podrá ser suprimido, desnaturalizado o privado de contenido real, y esas limitaciones deben estar ceñidas a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego.

[11] "*(…) (L)as diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena (…)*". Cfr. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), preámbulo.

[12] Artículo 1 de la Ley de Obras Públicas Provincial Nro. 8614. Excede la finali-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 312

Si bien excede los objetivos de este trabajo, entiendo que el "derecho a la ciudad"[13], fogoneado desde las organizaciones y movimientos sociales[14], y con incipiente recepción en instrumentos internacionales del soft law[15] y normas locales[16], implica un cambio de paradigma "*un nuevo marco político-filosófico de cómo percibir, pensar y comprender la Ciudad* -como un bien común y con una función social, ambiental y ecológica[17]-

dad de este trabajo el especificar y desarrollar las distintas posturas doctrinarias, sin embargo, señalamos las características específicas que definen a la infraestructura pública en el derecho local, a saber: 1) carácter físico y capacidad limitada; 2) inversión de capital intensiva, economías de escala, costos decrecientes y amortización prolongada; 3) la maximización de la explotación; 4) el uso público y la regulación del acceso; 5) la necesidad de planificación.

[13] El derecho a la Ciudad, es un concepto inicialmente elaborado en los años 60 por Henri Lefebvre (1968, El Derecho a la Ciudad), quien -a partir del impacto negativo sufrido por las ciudades en países de economía capitalistas- construye su propuesta política para desmercantilizar a las ciudades y reivindicar la idea de que la gente se volviera dueña. Lefevre aboga por "rescatar al hombre como elemento principal, protagonista de la ciudad que él mismo ha construido". El concepto fue retomado por David Harvey, quien durante el Foro Urbano Mundial en Belém do Pará (Brasil) 2009 sostuvo que el Derecho a la Ciudad "no es simplemente el derecho a lo que ya está en la ciudad, sino el derecho a transformar la ciudad en algo radicalmente distinto".

[14] Carta Mundial de Derecho a la Ciudad.

[15] "Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad" (file:///C:/Docum ents%20and% 20Setting s/d29964 779/Mis% 20docume ntos/Dow nloads/HI C-Document - 5785-2018092 8-1502.pd f).

[16] En América Latina este derecho está reconocido en el Estatuto de la Ciudad de Brasil (2001), en la Constitución de Ecuador (2008). En Argentina en la Ley de Acceso Justo al Hábitat (ley N° 14449 de la Provincia de Buenos Aires) y en el Plan Urbano Ambiental de la Ciudad de Buenos Aires (Ley N° 2930). En 2009, el gobierno de la Ciudad de México firmó la Carta de la Ciudad de México por El Derecho a la Ciudad. En el mes de junio pasado, se presentó ante la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un proyecto de ley de "Carta del Derecho a la Ciudad" suscripto por más de doscientas organizaciones sociales, colectivos y asambleas. Proyecto de ley n° 1489- p- 2018: Carta del derecho a la ciudad para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (http://www.noticia surbanas. com.ar/not icias/ma s-de-200 –organizacio nes-sociales –presentaron -una-carta -del-derech o-a-la- ciudad/).

[17] El derecho a la ciudad propone entre otros principios: entender a las ciudades como un bien común :- cumplimiento de su función social, ambiental y ecológica, con prevalencia de lo público sobre lo privado y de lo colectivo sobre lo individual; - ambientalmente sustentables, que garanticen un equilibrio entre el campo y la ciudad; - con una planificación hacia la integración socio-urbana y la igualdad urbana con el objetivo de alcanzar ciudades: integradas, conectadas, incluyentes y equitativas; - orientada a una cultura urbana colaborativa, horizontal, solidaria y descolonizada que genere ciudades diversas y mixtas.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 313

y la urbanización, y de cómo orientar las voluntades de cambio"[18]; con potencialidad de ser receptado a futuro en el derecho internacional de los derechos humanos y en estrecha vinculación con el desarrollo sostenible, el medio ambiente y la centralidad de la dignidad de la persona.

II. ¿De qué hablamos cuando nos referimos a infraestructura sustentable y gestión del riesgo?

"*Según datos entregados por el programa nacional 'Construye 2025'[19], el sector de la construcción en Chile es de gran tamaño e importancia para el desarrollo del sector productivo de ese país. El año 2015 generó un 7,8% de aporte PIB y un 8,4% de los empleos totales de ese año. Sin embargo, sus impactos ambientales no son menores, ya que es responsable del 33% de las emisiones de gas de efecto invernadero (GEI), consume el 26% de la energía producida en el país, y genera el 23% de los residuos a nivel nacional. Estas estadísticas, hacen que uno de los objetivos principales del sector sea avanzar hacia una construcción sustentable, que disminuya las emisiones de GEI y que mejore la gestión de residuos*"[20].

En relación a los riesgos ambientales, y siguiendo a Silvia Fontana[21], podemos afirmar que los riesgos son construcciones sociales, que dependen no sólo de las decisiones, sino también de la percepción que los individuos y grupos tienen de ellos. Cuando hablamos de riesgo, concurren tres elementos: la amenaza, la vulnerabilidad y la capacidad de respuesta[22].

(http://obs ervato riociu dad.org/?s= notici a&n=75).

[18] Ibidem.

[19] (http://www.c onstruye 2025.cl/)

[20] (http://www.el mostrad or.cl/agenda-p ais/2018/04/ 24/com o-acercar-al –secto r-de-la-constru ccion-hacia -una-i ndus tria-suste ntable/)

[21] FONTANA, Silvia - MAURIZI, Valeria. "Desafíos de la Gestión Local del Riesgo de Desastre: políticas municipales en la Provincia de Córdoba", p.3.

[22] La Campaña Mundial 2010/2015 de Desarrollo de Ciudades más Resilientes entiende que "*(…) los desastres "no son naturales" (…)", y que para poder abordarlos es importante considerar los elementos del riesgo*". *Campaña Mundial "¡Desarrollando ciudades resilientes! - ¡Mi ciudad se está preparando!*" de la UNISDR - Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres EIRD - Naciones Unidas.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 314

Hay un elemento estático, detonador o peligro (de orden natural, socio natural o antrópico) de que un fenómeno ocurra en un determinado tiempo y lugar. Hay un elemento dinámico, definido como "*la probabilidad de que una comunidad expuesta a una amenaza pueda sufrir daños humanos y materiales*"[23], ya sean vulnerabilidades físicas, institucionales o poblacionales. Ello, en contraposición a la vulnerabilidad los recursos disponibles para afrontar las amenazas. Todos ellos, en una relación donde a mayor vulnerabilidad, menor capacidad de respuesta, y mayor riesgo de producción de un desastre[24].

Se entiende como "desastre" a "*(…) una seria interrupción en el funcionamiento de una comunidad o sociedad que ocasiona una gran cantidad de muertes al igual que pérdidas e impactos materiales, económicos y ambientales que exceden la capacidad de la comunidad o la sociedad afectada para hacer frente a la situación mediante el uso de sus propios recursos (…)*"[25]. En los términos del Marco de Acción de Hyogo[26], son aquellos "*(…) causados por amenazas de origen natural y los desastres y riesgos ambientales y tecnológicos conexos. (Ello) refleja, por tanto, un enfoque integral de la gestión del riesgo de desastres que prevé amenazas múltiples y la posible relación entre ellos, que puede tener importantes consecuencias en los sistemas sociales, económicos, culturales y ambientales (…)*".

No toda amenaza (terremotos, aluviones, inundaciones, erupciones volcánicas, tsunamis, sequías, la guerra, explosiones en centrales nucleares, entre otros) da lugar a un desastre, en ello tiene gran impacto la existencia de situaciones que aumentan la vulnerabilidad (el crecimiento desordenado de ciudades, el mal manejo de los recursos naturales, las prácticas de desarrollo inapropiadas, la pobreza y falta de educación, la carencia de sistemas de alerta temprana, entre otros) y la existencia de políticas de gestión de riesgo que aumentan la capacidad de respuesta de una población[27].

Explicitándose así la "*interdependencia e indivisibilidad entre los de-*

[23] FONTANA, Silvia – MAURIZI, Valeria. Ob. Cit., p. 3.

[24] Riesgo: amenaza x vulnerabilidad/ capacidad de respuesta.

[25] UNISDR Estrategia Internacional para la reducción de riesgos de desastres de Naciones Unidas (2009) "Terminología sobre reducción de riesgos de desastre", Ginebra, Suiza, p. 13.

[26] "Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y de las comunidades ante los desastres", Extracto del informe de la Conferencia Mundial sobre la reducción de los desastres (A/CONF.206/6), Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres EIRD-Naciones Unidas.

[27] FONTANA, Silvia – MAURIZZI, Valeria. Ob. Cit., pp.3/4.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 315

rechos humanos y la protección del medio ambiente"[28], en los términos de la Opinión Consultiva 23/2017 CorteIDH, es decir, vulnerabilidades (que referencian en última instancia ausencia de goce de derechos para el individuo y los colectivos[29]) como elementos de los riesgos ambientales y "amenazas ambientales[30], que pueden afectar de manera directa o indirecta el goce efectivo de derechos humanos concretos[31]".

En síntesis, la CorteIDH "*ha incluido la protección del medio ambiente como una condición para la vida digna*"[32], entendiendo que "*existen ocasiones en que la falta de acceso a las condiciones que garantizan una vida digna también constituye una violación al derecho a la integridad personal*"[33].

[28] Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Párr. 55, p. 25.

[29] "*Se ha reconocido que los daños ambientales 'se dejarán sentir con más fuerza en los sectores de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerables', por lo cual, con base en la normativa internacional de derechos humanos, los Estados están jurídicamente obligados a hacer frente a esas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación*". Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Párr. 67, p. 31.

[30] "*(...) i) el tráfico ilícito y la gestión y eliminación inadecuadas de productos y desechos tóxicos y peligrosos constituyen una amenaza grave para los derechos humanos, incluidos el derecho a la vida y a la salud; ii) el cambio climático tiene repercusiones muy diversas en el disfrute efectivo de los derechos humanos, como los derechos a la vida, la salud, la alimentación, el agua, la vivienda y la libre determinación; y iii) la degradación ambiental, la desertificación y el cambio climático mundial están exacerbando la miseria y la desesperación, con consecuencias negativas para la realización del derecho a la alimentación, en particular en los países en desarrollo*". Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Párr. 54, p. 25.

[31] "*Los derechos especialmente vinculados al medio ambiente se han clasificado en dos grupos: i) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, también identificados como derechos sustantivos (por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad), y ii) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como derechos de procedimiento (tales como derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo)*". Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Párr. 54, p. 25.

[32] Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125, parágrafo, párr. 163, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, reparaciones y costas) párrs. 187-188, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, sentencia de 25 de noviembre de 2015 (Fondo, reparaciones y costas) párrs. 172-174.

[33] *Mutatis mutandi*, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Repa-

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 316

Podemos concluir, en consecuencia, que los desastres ocurren cuando no se actúa con anticipación a la ocurrencia de los riesgos, es decir cuando no se conoce o no se actúa adecuadamente frente a los riesgos a los que está expuesta una comunidad. En especial, el reciente Acuerdo de Escazú (Costa Rica)[34] menciona específicamente el "Fortalecimiento de Capacidades" en su art.10, como un compromiso de los Estados parte para: "*2 b) desarrollar y fortalecer programas de sensibilización y creación de capacidades en derecho ambiental y derechos de acceso para el público, funcionarios judiciales y administrativos, instituciones nacionales de derechos humanos y juristas, entre otros; c) dotar a las instituciones y organismos competentes con equipamiento y recursos adecuados*", entre otros.

Un desastre es entonces, un riesgo no manejado/gestionado en un territorio[35].

En consecuencia, la gestión de los riesgos busca entonces evitar, disminuir o transferir los efectos adversos de las amenazas mediante diversas actividades y medidas de prevención, mitigación y preparación[36].

---

raciones y Costas), párr. 170, y Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala, Sentencia de 29 de febrero de 2016 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 168 y 169.

[34] "Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe", adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018, División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (https://repositori o.cepal.org/b itstream/ handle/11 362/43595/ 1/S1800429 _es.pdf).

[35] CEPAL. *¿Qué es gestionar el riesgo?, 2005, p. 5. Lavell define a la gestión del riesgo como el "proceso social complejo que conduce al planeamiento y aplicación de políticas e instrumentos orientadas a impedir, reducir, prever y controlar los efectos adversos de fenómenos peligrosos (amenazas) sobre la población, los bienes y servicios y el ambiente. Es decir, hablamos de acciones integradas de reducción de riesgos (reducir vulnerabilidades, aumentando capacidades) a través de actividades de 1) prevenir la construcción de riesgos, 2) mitigar los riesgos latentes ya existentes, 3) preparación para, y atención de emergencias cuando el riesgo se concreta, y 4) recuperación post impacto*". LAVELL, Allan. "Sobre la Gestión del Riesgo: Apuntes hacía una Definición", 2002, p. 19 (http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd29 /riesgo-apuntes .pdf).

[36] UNISDR. "*Terminología sobre reducción de riesgos de desastres*", Estrategia internacional para la reducción de riesgos de desastres - Naciones Unidas, 2009, pp. 18/19.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 317

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Marco de Sendai para la Reducción de Desastres 2015-2030[37] plantean la existencia de tres maneras de gestionar el riesgo por parte de los gobiernos: 1. La gestión correctiva o compensatoria: en esta etapa se adoptan medidas y acciones de manera anticipada que promuevan la reducción de la vulnerabilidad; 2. La gestión prospectiva: aquí se parte de la idea de adoptar medidas y acciones en la planificación del desarrollo para evitar la generación de vulnerabilidades y/o amenazas como así también reducir las que ya existen; y 3. La gestión emergencista: donde se busca estar alertados y preparados ante la posibilidad de ocurrencia de diversos fenómenos.

Estos conceptos, y orden lógico -a los que podemos sumar la recomposición o indemnización sustitutiva sólo en caso de imposibilidad técnica, en una instancia posterior- no son nuevos, y han sido tomados tanto en la normativa ambiental como en la jurisprudencia argentina, por ejemplo, en la conocida causa Mendoza[38], donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación a actos continuados que siguen produciendo contaminación, afirma que "*(…) tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro (…). En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento (…)*". Siendo la prevención del daño al medio ambiente lo primero y más idóneo "*máxime teniendo en cuenta que se trata de un bien no monetizable, es decir, no traducible en indemnizaciones y difícil de volver al estado anterior del daño*"[39].

En la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, encontramos explícitas referencias a la potestad-deber del gobierno de trabajar en la disminución de los riesgos ambientales, propiciando aumentar la capacidad de respuesta o bien disminuir las vulnerabilidades de los individuos y comunidades[40].

[37] (https://www.un isdr.org/ files/4329 1_spanish sendaifram eworkf ordisa sterri.pdf).

[38] Decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída in re "Mendoza, Beatriz s. y otros c/Estado Nacional y otros s/Daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental de la cuenca Matanza - Riachuelo" de fecha 20/06/2006.

[39] MORELLO, Augusto M. y SBDAR, Claudia B. "Teoría y Realidad de la Tutela Jurídica del Ambiente", LL 2007-F, 821.

[40] "*A tenor de los conceptos expuestos, es dable concluir que la Provincia, tenía la potestad deber de tomar las medidas pertinentes a los fines de evitar el daño am-*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 318

La mencionada Opinión Consultiva 23/2017 CorteIDH recoge estos principios al hablar de la obligación de "prevención" del Estado como política principal respecto a la protección del medio ambiente y deber especial que deriva de la obligación erga omnes de respetar y garantizar los derechos humanos, abarcando las siguiente obligaciones específicas " *i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer un plan de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental*"[41].

Nuestro máximo tribunal, referencia a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto entiende que la tutela del medio ambiente "*permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de derecho*"[42]; que el principio de precaución[43] (atento su carácter de obligación internacional[44]) "*produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a*

biental que, de acuerdo a los antecedentes recopilados en sede administrativa, producía o podía producir la actividad minera a cielo abierto o la manipulación de sustancias de alta toxicidad", en referencia a la prevención del daño provocada por la actividad minera en autos caratulados: "CEMINCOR y otra c/ Superior gobierno de la provincia – acción declarativa de inconstitucionalidad", Sentencia 9 de fecha 11/08/2015, considerando IV.9: "*A tenor de los conceptos expuestos, es dable concluir que la Municipalidad demandada, tenía la potestad-deber de tomar las medidas pertinentes a los fines de evitar el daño ambiental, que de acuerdo a los antecedentes recopilados en la Sede Administrativa, producía o podía producir la actividad de cremación de cadáveres*" en autos caratulados "Benatti, Víctor Hugo c/ Municipalidad de Villa Allende - plena jurisdicción - recurso de casación", Sentencia 3 de fecha 16/02/2012, considerando 21.3.

[41] Párr. 145, p. 60.

[42] Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz Provincia de y Otros/ Amparo ambiental", Fallos, 339:515, 26/04/2016.

[43] "*Desde el punto de vista de la percepción teórica, el principio de precaución no ha alcanzado una definición universalmente aceptada ni una aplicación uniforme (…). Por nuestra parte (…) entendemos que el principio de precaución 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. De permitirse la actividad, obrando con ligereza ante la duda y producirse un daño, se habría incurrido en imprudencia en la gestión de gobierno, gestión que lleva implícita la "custodia" de los bienes comunes de conformidad a las previsibilidades disponibles*". Zlata Drnas de Clément "Aspectos conceptuales del principio de precaución ambiental", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), pp. 11/12.

[44] "*La República Argentina ha adquirido obligaciones internacionales dirigidas a realizar el desarrollo sostenible y aplicar i.a. el principio de precaución. Para proveer a sus compromisos internacionales, el país "debe" (en carácter de obligación internacional) dictar normas de derecho interno, aplicarlas y controlar su cumpli-*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 319

cargo del funcionario público"; que para decidir, la Administración debe "obtener previamente la suficiente información a fines de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios"[45], pues no hay "*oposición con la tutela del ambiente y desarrollo sino complementariedad*"[46]. Es decir, los funcionarios deben gestionar integralmente los riesgos ambientales.

Hablamos de "obligación", atento que, si bien los principios de prevención y precautorio revisten el carácter de *normas consuetudinarias* del derecho internacional surgidas en el ámbito de las relaciones internacionales, pueden estar receptadas o enunciadas en convenios vinculantes, en cuyo caso "*si un Estado es signatario de un tratado que incluye*

miento". DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.) "El principio de precaución ambiental. La práctica argentina", Lerner, Córdoba, 2008, ISBN Nº 978-987-1153-73-2, pp. 10/11.

[45] Papel Prensa S.A. c/ Estado Nacional (Buenos Aires, Provincia de, citada 3°) s/ Acción meramente declarativa Fecha: 03/11/2015. Considerando 21 y resolución de la CSJN de fecha 20/09/2016 en la causa Fundación Ciudadanos Independientes c/ San Juan, Provincia de, Estado Nacional y otros s/ acción ambiental meramente declarativa. "*Por ello, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida, se resuelve: requerir a la Provincia de San Juan, que en el plazo de veinte (20) días informe al Tribunal: I) si ha requerido a las demandadas MAGSA Y BEASA información relativa a la existencia y alcance de los derrames de solución cianurada y metales pesados que se denuncian como ocurridos en la mina Veladero los días 13 de septiembre de 2015 y 8 de septiembre de 2016; II) Si ha puesto en conocimiento de los habitantes potencialmente afectados, la existencia y alcance de los derrames referidos; III) En su caso, indique el contenido de dicha información, en especial si ha comunicado: i) las consecuencias que de tales hechos podrían eventualmente derivarse para la salud y la vida de los habitantes de la zona; e ii) las medidas concretas que la comunidad debería adoptar para prevenir los riesgos o combatir eventuales problemas de salud que de ellos se deriven*".

[46] Salas, Dino", Fallos, 332:663, 23/3/2009. "*El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se 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*" (Considerando 10 de la Sentencia del 07/10/2013 en los autos "Club de Derecho (Fundación Club de Derecho Argentina) y otros - Quispe, Eduardo - Quispe, Diego Raúl - Quispe, Ester Margarita - Molina, Celina Laura - Barboza Vaca, Vanina de los Ángeles - Oliva, Da c/ Municipalidad de Malvinas Argentinas amparo (ley 4915)", referenciando a la CSJN, S.1144 XLIV" Salas Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional" 26/03/09.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 320

un PGDA, ese principio es vinculante para el Estado dentro del contexto de los términos del tratado (a más del consuetudinario)"[47].

A modo de ejemplo, en la última audiencia pública convocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en marzo pasado, en la referida causa "Mendoza", las autoridades debían informar el grado de avance en el Plan integral de saneamiento ambiental, el cual abarca entre otros puntos: gestión de residuos, erradicación de basurales a cielo abierto, expansión de la red de agua potable y cloacas (financiada por ENHOSA), liberación del camino de sirga por la Ciudad de Buenos Aires a la altura de la Villa 21-24 y la construcción de viviendas para la relocalización de sus habitantes, control y seguimiento de las personas que sufren alguna enfermedad vinculada con la contaminación, en especial respecto de los niños menores de seis (6) años[48].

Ahora bien, la misma CorteIDH limita las obligaciones positivas del Estado en este punto, al entender que "*teniendo en cuenta las dificultades que implican la planificación y adopción de políticas públicas y las eleccio-*

[47] DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. "El rol normativo de los principios generales del derecho ambiental". *Cuaderno de Derecho Ambiental - Principios Generales del Derecho Ambiental* Nº IX 2017, p.22 ISSN 2314-2251. (file:///C:/Users/marti/AppData /Local/Packa ges/Microsof t.MicrosoftE dge_8weky b3d8bbwe/TempState/ Downlo ads/IDAR NCuade rnodeDe rechoAmbientaI X2017%20(2).pdf).

[48] "*La Corte Suprema de Justicia de la Nación convocó a la Autoridad de Cuenca (ACUMAR), al Estado Nacional, a la provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los organismos de control (Auditoría General de la Nación y Cuerpo Colegiado) a una audiencia pública, que se llevará a cabo el 14 de marzo del 2018, para exponer oralmente sobre el avance de la ejecución de la sentencia definitiva que ordenó la recomposición del daño ambiental en la Cuenca del Río Matanza Riachuelo. Recordemos que la Corte en noviembre del 2017 ordenó que los informes presentados por la ACUMAR se adecuaran a la siguiente clasificación: I. Adopción de un sistema de medición II. Información Pública. III. Contaminación de origen industrial. IV. Saneamiento de basurales. V. Limpieza de márgenes. VI. Expansión de la red de agua potable. VII. Desagües pluviales. VIII. Saneamiento cloacal. IX. Plan Sanitario de Emergencia. Asimismo, ordenó que se proporcione información específica sobre cuestiones particularmente sensibles referidas a: gestión de residuos; erradicación de basurales a cielo abierto; expansión de la red de agua potable y cloacas financiada por ENHOSA; liberación del camino de sirga por la Ciudad de Buenos Aires a la altura de la Villa 21-24 y la construcción de viviendas para la relocalización de sus habitantes; control y seguimiento de las personas que sufren alguna enfermedad vinculada con la contaminación, en especial respecto de los niños menores de seis (6) años*" (https://www.cij. gov.ar/nota - 29178-La-Corte-Suprema-llama-a-una-nueva-audiencia-p-blica-por-la-contaminaci-n-del-Riachuelo.htm l).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 321

nes de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada"[49].

En este contexto no cabe duda que el desarrollo de infraestructura pública disminuye las vulnerabilidades de una comunidad, aumentando su capacidad de respuesta frente a eventuales amenazas.

Cabe preguntarse: ¿qué es la infraestructura sostenible? En el marco de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)[50] del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) se implementó un plan estratégico al año 2030 que requiere la colaboración de los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil y los ciudadanos por igual para asegurar que dejaremos un mejor planeta a las generaciones futuras. En particular el objetivo 11[51] se refiere a las "ciudades y comunidades sostenibles" -resaltando su planificación y gestión inclusiva y participativa- y el 9[52] a la "in-

[49] Opinión consultiva 23/2017, párr. 120, p. 51.

[50] (http://www.undp.org /content/ undp/es/h ome/susta inable-dev elopment-goals/)

[51] Más de la mitad de la población mundial vive hoy en zonas urbanas. En 2050, esa cifra habrá aumentado a 6.500 millones de personas, dos tercios de la humanidad. No es posible lograr un desarrollo sostenible sin transformar radicalmente la forma en que construimos y administramos los espacios urbanos. El rápido crecimiento de las urbes en el mundo en desarrollo, en conjunto con el aumento de la migración del campo a la cuidad, ha provocado un incremento explosivo de las mega urbes. En 1990, había 10 ciudades con más de 10 millones de habitantes en el mundo. En 2014, la cifra había aumentado a 28, donde viven en total cerca de 453 millones de personas. La extrema pobreza suele concentrarse en los espacios urbanos y los gobiernos nacionales y municipales luchan por absorber el aumento demográfico en estas áreas. Mejorar la seguridad y la sostenibilidad de las ciudades implica garantizar el acceso a viviendas seguras y asequibles y el mejoramiento de los asentamientos marginales. También incluye realizar inversiones en transporte público, crear áreas públicas verdes y mejorar la planificación y gestión urbana de manera que sea participativa e inclusiva.

[52] La inversión en infraestructura y la innovación son motores fundamentales del crecimiento y el desarrollo económico. Con más de la mitad de la población mundial viviendo en ciudades, el transporte masivo y la energía renovable son cada vez más importantes, así como también el crecimiento de nuevas industrias y de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Los avances tecnológicos también son esenciales para encontrar soluciones permanentes a los desafíos económicos y ambientales, al igual que la oferta de nuevos empleos y la promoción de la eficiencia energética. Otras formas importantes para facilitar el desarrollo sostenible son la promoción de industrias sostenibles y la inversión en investigación e innovación científicas.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 322

dustria, innovación e infraestructura". Sin perjuicio de lo cual el 6 menciona "agua limpia y saneamiento", el 7 "energía asequible y no contaminante" y el 12 "producción y consumo responsables".

En este sentido la XXI Reunión del Foro de Ministros de Medio Ambiente de América Latina y el Caribe[53] abordará, entre otras temáticas, los ODS como "*tablero de control de la gestión pública, justicia y gobernanza ambientales*"[54], resaltando el necesario impacto de los principios internacionales en la legislación y políticas internas de los Estados.

Por su parte, la precursora Resolución 50/2015[55] de la Dirección General de Compras y Contrataciones de la Provincia de Córdoba, define a las "compras públicas sustentables", como "*el proceso de adquisición de bienes, servicios e infraestructura para fines públicos*", incorporando por primera vez a la normativa provincial en forma explícita, aunque no vinculante, criterios ambientales, técnicos, sociales o éticos en la valoración de la oferta más conveniente. En concordancia con los ODS entiende que las compras públicas sustentables "*deben asegurar que los productos y servicios adquiridos por los Gobiernos, generen el menor impacto socio-ambiental posible, alcanzando la máxima eficacia económica y técnica y aumentando los niveles de eficiencia en la gestión pública; generando incentivos competitivos a las empresas para que desarrollen sus propias políticas en la materia, siendo estas uno de los actores importantes dentro de las contrataciones públicas*".

Aunque no existe consenso sobre lo que implica la sostenibilidad de la infraestructura, entendemos que un enfoque completo de sostenibilidad "debe diseñar infraestructura que se ajuste a los contextos locales, proporcione servicios eficientes, y sea duradera"[56]. Esto implica no sólo evaluar y abordar los riesgos ambientales desde lo teórico, sino también asegurar los recursos financieros necesarios para construir y mantener la infraestructura durante su vida útil (valorando económica y financie-

[53] La reunión tendrá lugar en Buenos Aires, Argentina, entre el 9 y el 12 de octubre y abordará temas prioritarios para los 33 países de la región relacionados con la lucha contra la contaminación, la descarbonización de la economía, el uso eficiente de los recursos naturales y el financiamiento verde, entre otros.

[54] (https://www.un environme nt.org/es/regions/a merica -latina-y-el-c aribe).

[55] (http://com praspubli cas.cba.gov. ar/wp-content/u ploads/2 014/10 /Resolu ción-50.pdf).

[56] (https://blogs.i adb.org/ciu dadessostenib les/2015/03/0 3/infraestr uctura-sos tenible/).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 323

ramente el costo de esa gestión de los riesgos ambientales, en las tres etapas que abordamos prevención, recomposición e indemnización), considerar las preferencias y necesidades de la población, y entender la dinámica política e institucional para garantizar que los proyectos sobrevivan al ciclo político.

"Sólo es recientemente que se denomina construcción edilicia sustentable de manera explícita, a aquella que refiere a los procesos de diseño avanzado que involucran múltiples disciplinas y que cuando trabajan de manera integrada satisfacen diversos objetivos que permiten alcanzar altos niveles de rendimiento y eficiencia (…). El factor medioambiental y los aspectos económicos y sociales deberán ser especialmente tenidos en cuenta en este sistema, a manera de encontrar un mejor equilibrio en el marco del desarrollo sustentable"[57].

En este sentido, la Estrategia de Infraestructura del BID[58] aprobada en el 2014, invita a proporcionar acceso a servicios públicos de calidad a la población de América Latina, a través del uso de infraestructura que se planee y conserve adecuadamente para asegurar su sostenibilidad ambiental, social y fiscal.

---

[57] Art.3 proyectado de Resolución sobre "Etiquetado Ambiental" (JULIÁ, Marta "Nuevas formas de construir y Ley ambiental 10208" Ciclo de conferencias pre Congreso Internacional de Ambiente Jueves 16 de agosto del año 2018, Ciudad de Córdoba).

[58] Propone 6 metas para el objetivo 11, que abarcan viviendas y servicios básicos adecuados; seguros, asequibles; acceso a sistemas de transporte seguros, asequibles y sostenibles para todos; aumento de la urbanización inclusiva y sostenible y la capacidad para la planificación y la gestión participativas, integradas y sostenibles de los asentamientos humanos; refuerzo de los esfuerzos para proteger y salvaguardar el patrimonio cultural y natural del mundo. Para el 2030 se busca reducir el impacto ambiental negativo per cápita en las ciudades, incluso prestando especial atención a la calidad del aire y la gestión de los desechos municipales y de otro tipo; para 2020, aumentar considerablemente el número de ciudades y asentamientos humanos que adoptan e implementan políticas y planes integrados para promover la inclusión, el uso eficiente de los recursos, la mitigación del cambio climático y la adaptación a él y la resiliencia ante los desastres; y desarrollar y poner en práctica, en consonancia con el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, la gestión integral de los riesgos de desastre a todos los niveles.
(https://publicati ons.iadb.org/bitstream/handle/11319/ 6398/Infrae structura%20sostenible%20para%20la%20competitividad%20y%20el%20c recimiento%20inclusivo%20-%20Estrategia%20de%20Infraestructura %20del%20B ID.pdf).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 324

Por su parte, el "Informe País Argentina 2018"[59], que proporciona información sobre el grado de cumplimiento de las metas que componen los objetivos de desarrollo sostenible en nuestro país, aborda el referido objetivo número 11, y menciona, por ejemplo, el "Registro Único de Organizaciones de Responsabilidad Social" que distingue a las organizaciones (privadas o gubernamentales) que se encuentran realizando acciones, proyectos, programas y un modelo de negocio basado en la gestión de los impactos que sus actividades tienen en sus comunidades, en los siguientes temas: gestión ambiental, derechos humanos, transparencia y gobernanza organizacional, comercio justo y participación en la comunidad en línea con la Norma ISO 26.000[60].

Asimismo, en relación a nuestra provincia, resalta los aportes económicos que el Ministerio de Turismo de la Nación otorgó a la Municipalidad de Villa Carlos Paz durante los años 2016/2017, en el marco del programa "Desarrollo de destinos turísticos resilientes" para la gestión integral de residuos sólidos urbanos (relleno sanitario, planta de separación y saneamiento de basural).

También se puede destacar que Córdoba no se encuentra dentro del grupo de provincias que han adherido al "Programa ciudades resilientes", a los fines de implementar una hoja de ruta para gestión local integral de riesgo y construcción de resiliencia urbana, concebida como metas de la gestión municipal que son medidas en su grado de avance y nivel de cumplimiento.

[59] (http://www.ar.undp.org/content/dam/argentina/Publications/Agenda2030/P NU DArgent-Inf orme-ods-todo .pdf).

[60] Esta norma internacional proporciona orientación sobre los principios que subyacen en la responsabilidad social, el reconocimiento de la responsabilidad social y el involucramiento con las partes interesadas, las materias fundamentales y los asuntos que constituyen la responsabilidad social y sobre las maneras de integrar un comportamiento socialmente responsable en la organización. Esta Norma Internacional hace énfasis en la importancia de los resultados y mejoras en el desempeño de la responsabilidad social. Esta norma internacional pretende ser de utilidad para todo tipo de organizaciones del sector privado, público y sin fines de lucro, con independencia de que sean grandes o pequeñas y estén operando en países desarrollados o en países en desarrollo (https://www.is o.org/obp/u i#iso:std:iso: 26000:ed-1:v 1:es).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 325

III. Marco legal en la Provincia de Córdoba

"*Toda idea que no se convierte en palabra, es una mala idea. Toda palabra que no se convierte en acción, es a su vez, una mala palabra*" (G.K. Chesterton).

La constitución provincial referencia en numerosos artículos la protección del medio ambiente[61], resaltando la obligación de dictar normas que aseguren "(…) 1. La eficacia de los principios de armonía de los ecosistemas y la integración, diversidad, mantenimiento y recuperación de

[61] Constitución de la Provincia de Córdoba. *Recursos naturales y medio ambiente Artículo 11. El Estado Provincial resguarda el equilibrio ecológico, protege el medio ambiente y preserva los recursos naturales. recursos naturales Artículo 68. El Estado Provincial defiende los recursos naturales renovables y no renovables, en base a su aprovechamiento racional e integral, que preserve el patrimonio arqueológico, paisajístico y la protección del medio ambiente. La tierra es un bien permanente de producción; la ley garantiza su preservación y recuperación, procura evitar la pérdida de fertilidad, la erosión y regula el empleo de las tecnologías de aplicación. Las aguas que sean de dominio público y su aprovechamiento, están sujetas al interés general. El Estado reglamenta su uso racional y adopta las medidas conducentes para evitar su contaminación. El Estado Provincial resguarda la supervivencia y conservación de los bosques, promueve su explotación racional y correcto aprovechamiento, propende al desarrollo y mejora de las especies y a su reposición mediante forestación y la reforestación que salvaguarde la estabilidad ecológica. Los yacimientos de sustancias minerales y fósiles son bienes exclusivos, inalienables e imprescriptibles de la Provincia; su explotación debe ser preservada en beneficio de las generaciones actuales y futuras. El Estado Provincial reconoce la potestad del Gobierno Federal en el dictado de la política minera; fomenta la prospección, exploración y beneficio de las sustancias minerales del territorio, realiza el inventario de sus recursos y dicta leyes de protección de este patrimonio con el objeto de evitar el prematuro agotamiento de su explotación y su utilización irracional. Artículo 104. Corresponde a la Legislatura Provincial: 21. Dictar normas generales sobre la preservación del recurso suelo urbano, referidas al ordenamiento territorial, y protectoras del medio ambiente y del equilibrio ecológico. Competencia Material artículo 186. Son funciones, atribuciones y finalidades inherentes a la competencia municipal: 7. Atender las siguientes materias: salubridad; salud y centros asistenciales; higiene y moralidad pública; ancianidad, discapacidad y desamparo; cementerios y servicios fúnebres; planes edilicios, apertura y construcción de calles, plazas y paseos; diseño y estética; vialidad, tránsito y transporte urbano; uso de calles y subsuelo; control de la construcción; protección del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y polución ambiental; faenamiento de animales destinados al consumo; mercados, abastecimiento de productos en las mejores condiciones de calidad y precio; elaboración y venta de alimentos; creación y fomento de instituciones de cultura intelectual y física y establecimientos de enseñanza regidos por ordenanzas concordantes con las leyes en la materia; turismo; servicios de previsión, asistencia social y bancarios.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 326

recursos. 2. La compatibilidad de la programación física, económica y social de la Provincia, con la preservación y mejoramiento del ambiente. 3. Una distribución equilibrada de la urbanización en el territorio. 4. La asignación prioritaria de medios suficientes para la elevación de la calidad de vida en los asentamientos humanos (…)"[62], en concordancia con un criterio amplio y de contenido social del concepto de medio ambiente.

El marco legal específico en materia de obra pública en la Provincia, sólo prevé la sustentabilidad en el art.2 de la ley 8614[63], en cuanto incorpora dentro de las funciones del órgano rector, la de "desarrollar mecanismos que promuevan la adecuada y efectiva instrumentación de contrataciones de obra pública sustentables"[64], previsión legal que aún no ha sido reglamentada.

Es más, el Decreto 1505/2016 que aprueba los pliegos modelos para licitaciones públicas en nuestra provincia, omite referenciar explícitamente toda normativa ambiental en el apartado "Régimen legal aplicable".

La ley 8835 contiene referencias al tema, al otorgar competencia al Ente Regulador de los servicios públicos de la Provincia para intervenir cautelarmente la prestación de un servicio cuando se vea afectada "*la salud de la población o el medio ambiente*"[65]. En el mismo sentido, la Ley

[62] *Medio ambiente y calidad de vida Artículo 66. Toda persona tiene derecho a gozar de un medio ambiente sano. Este derecho comprende el de vivir en un ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud, a la conservación de los recursos naturales y culturales y a los valores estéticos que permitan asentamientos humanos dignos, y la preservación de la flora y la fauna. El agua, el suelo y el aire como elementos vitales para el hombre, son materia de especial protección en la Provincia. El Estado Provincial protege el medio ambiente, preserva los recursos naturales ordenando su uso y explotación, y resguarda el equilibrio del sistema ecológico, sin discriminación de individuos o regiones. Para ello, dicta normas que aseguren: 1. La eficacia de los principios de armonía de los ecosistemas y la integración, diversidad, mantenimiento y recuperación de recursos. 2. La compatibilidad de la programación física, económica y social de la Provincia, con la preservación y mejoramiento del ambiente. 3. Una distribución equilibrada de la urbanización en el territorio. 4. La asignación prioritaria de medios suficientes para la elevación de la calidad de vida en los asentamientos humanos.*

[63] Ley 8614 reformada por ley 10417 (B.O. 27.12.16.).

[64] Ley 8614 reformada por ley 10417 (B.O. 27.12.16) art.2 inc. h).

[65] Ley 8835 *Competencias del ERSEP artículo 25 r) Intervenir en forma cautelar, por tiempo limitado y con autorización del Poder Ejecutivo, la prestación de algún servicio, cuando -por causa imputable al prestador- se vea afectado en forma grave y urgente el servicio, la salud de la población o el medio ambiente.*

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 327

de Modernización del Estado Provincial obliga a los prestadores de servicios públicos a "*Cumplir con las normas de seguridad y de preservación y protección de la salud, el medio ambiente y los recursos hídricos*"[66].

Por su parte, la ya mencionada Resolución 50/215 de la Dirección General de Compras y Contrataciones de la Provincia de Córdoba, si bien se refiere específicamente al Régimen de Contrataciones de Bienes y Servicios de la Administración Pública Provincial, cuya aplicación a los contratos regidos por la ley 8614 se encuentra explícitamente excluida[67], prevé en el punto 9[68] criterios de sustentabilidad en la construcción de "edificios verdes". Entiende que las especificaciones propuestas, deben considerarse como "*criterios de adjudicación al momento de preparar los documentos de licitación para el diseño y la construcción de nuevos edificios*".

Sin desconocer la numerosa normativa en materia de poder de policía ambiental existente en los gobiernos municipales, y las reglamentaciones específicas que pudieren existir en materia de concesiones de servicios públicos (sin perjuicio de que la previsión de cláusulas ambientales en los marcos regulatorios de la Década del 90´ es prácticamente nula), la ley de política ambiental de la Provincia de Córdoba[69] prevé dos instrumentos de política y gestión ambiental directamente aplicables a las infraestructuras públicas, la evaluación de impacto ambiental (EIA) y la evaluación ambiental estratégica (EAE).

---

[66] Ley 8836 (B.O. 28.03.00) art.79 inc. a).

[67] Ley 10155 art.2 inc. a) "*Contratos excluidos. Quedan excluidos de la presente Ley los siguientes contratos: a) Los regidos por la Ley Nº 8614 de Obras Públicas- (…)*".

[68] *Los edificios verdes son diseñados, construidos y mantenidos para ser eficientes en cada etapa de su ciclo de vida. Algunas de sus características incluyen: Construcción basada en materiales ambientalmente diseñados, Consumo de energía y uso del agua reducido, Mejoras significativas en la calidad del aire interior, Menor generación de residuos y materiales tóxicos. Las organizaciones pueden utilizar esta lista, basada en los sistemas de clasificación desarrollados por LEED y el Instituto para la Infraestructura Sostenible como especificaciones o criterios de adjudicación al momento de preparar los documentos de licitación para el diseño y la construcción de nuevos edificios.*

[69] Ley 10208 PBO 27/06/2014. Artículo 1: "*(…) complementa los presupuestos mínimos establecidos en la Ley Nacional Nº 25675 - General del Ambiente-, para la gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable que promueva una adecuada convivencia de los habitantes con su entorno en el territorio de la Provincia de Córdoba*".

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 328

La primera, como el "*(…) procedimiento técnico-administrativo (…) que tiene por objetivo la identificación, predicción e interpretación de los impactos ambientales que determinadas políticas y/o proyectos públicos o privados pueden causar en la salud del hombre y/o en el ambiente, así como la prevención, corrección y valoración de los mismos, con el fin de aprobar o rechazar el Estudio de Impacto Ambiental*". A modo de ejemplo, algunas de las obras de infraestructuras sujetas a este procedimiento, que incluyen la realización de Audiencia Pública[70] "*en forma previa a cualquier resolución*"[71]: gasoductos; nuevos caminos: autopistas, autovía, ruta convencional, vía rápida; terminales de ómnibus en ciudades de más de 100.000 habitantes; instalaciones de tratamiento y destino final de residuos domiciliarios o asimilables (que pudiesen receptar residuos de más de 100.000 habitantes o 40.000 tn/año de residuos equivalentes), entre otras[72].

Es decir, que previo al dictado de cualquier acto administrativo, como por ejemplo el llamado a licitación, o la aprobación de la documental técnica base de la convocatoria, para las obras de infraestructura enumeradas en el Anexo I de la ley, se debe realizar audiencia pública y obtener la "*licencia ambiental*", acto administrativo que da por finalizada la evaluación de impacto[73]. Afirmando incluso la Opinión Consultiva

[70] Como uno de los instrumentos previsto en la "Participación Ciudadana para la Convivencia en Materia Ambiental", a los fines de garantizar, entre otros, "*la oportunidad para opinar a toda persona o comunidad que pueda ser afectada por los resultados de la realización de un proyecto, obra de infraestructura, industria o actividad*" Art.64 inc. f).

[71] Art.35 Ley 10208.

[72] Del Anexo I de la Ley 10208 surgen las actividades sujetas en forma obligatoria a la presentación de Estudio ambiental.

[73] Considerando 3 TSJ Sala Electoral y de competencia originaria Auto interlocutorio 3 de fecha 18/05/2017 "Corporación Intercomunal para la Gestión Sustentable de los Residuos Sólidos Urbanos del Área Metropolitana (CORMECOR S.A)": "*la mencionada Licencia Ambiental -punto culminante del proceso ambiental de uno de los instrumentos centrales de la política y de la gestión ambientales a nivel provincial (art. 8, inc. "b")-, reviste calidades, contenidos y alcances propios y particulares que es necesario visualizar con claridad. Se trata de un acto administrativo (LPA, art. 20 y Dto. n° 2131/00, arts. 6 y 28), previo a toda implementación, ejecución, actividad y/o acción relativos a la política, actividad o proyecto en cuestión (LPA, art. 30 y Dto. n° 2131/00, art. 7); resultando exigible por todos los organismos de la Administración pública provincial y municipal con competencia en la materia, quedando prohibido en todo el territorio provincial la autorización de obras y/o acciones que no contaren con dicha habilitación formal (LPA, art. 31 y Dto. n° 2131/00, art. 8)*".

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 329

23/2017 CorteIDH que "*Preferiblemente, los estudios de impacto ambiental (en el marco de la obligación de prevención del Estado) deben comenzar antes que la ubicación y diseño de los proyectos estén decididas, para evitar pérdidas económicas en caso que sea necesaria una modificación*"[74], entre otros requerimientos[75].

La segunda[76], de contenido técnico-político-institucional y que actúa en una etapa previa a la referida en la EIA, implica incorporar "*las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable al proceso de formulación de las políticas, programas y planes de carácter normativo general que tengan impacto sobre el ambiente o la sustentabilidad*", de aplicación obligatoria a "*planes de ordenamiento territorial, planes reguladores intermunicipales o intercomunales, planes regionales de desarrollo urbano y zonificaciones y al manejo integrado de cuencas (…)*", sujeta también a Audiencia Pública.

Es decir, que mientras la EIA tiene por finalidad detectar y gestionar los impactos ambientales de las decisiones, la EAE incorpora la dimensión ambiental al proceso de toma de la decisión. Es decir, mejora la decisión, no porque identificamos sus consecuencias, sino porque modificamos el cómo se decide, centrándose en el diálogo con los distintos actores y en el aspecto ético de la toma de decisión institucional. Ello, sumado a que la EIA se centra en los impactos aislados, visión lineal, mientras que la EAE aborda los efectos sistémicos de la dinámica ambiental sectorial.

En síntesis, esta herramienta busca identificar las falencias de la planificación de políticas para abordar problemas estructurales, en una etapa ex ante, a los fines de disminuir los conflictos ambientales, reforzar la participación pública, la transparencia, etc.[77]

[74] Párr. 161, p. 67. Cfr. PNUMA. Evaluación del impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica: hacia un enfoque integrado (Environmental Impact Assessment and Strategic Environmental Assessment: Towards an Integrated Approach), 2004, p. 41 (http://unep.ch/etu/ publicati ons/texto nubr.pdf.).

[75] "*Estos estudios deben realizarse de manera previa, por entidades independientes bajo la supervisión del Estado, abarcar el impacto acumulado, respetar las tradiciones y cultura de pueblos indígenas que podrían verse afectados y su contenido debe ser determinado y precisado mediante legislación o en el marco del proceso de autorización del proyecto, tomando en cuenta la naturaleza y magnitud del proyecto y la posibilidad de impacto que tendría en el medio ambiente*" (párr. 174, p. 72).

[76] Art. 37 a 40 de la Ley 10208 y Res.13/2015 del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos.

[77] HERRERA, Rodrigo Alejandro Jiliberto. Conferencia "Evaluación Ambiental

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 330

En los hechos, advertimos la nula utilización de la EAE, la forzada interpretación del procedimiento de EIA, permitiendo por ejemplo, el inicio de las obras civiles de un proyecto por parte de la autoridad administrativa aunque no se haya finalizado acabadamente con el procedimiento (lo que genera presentaciones judiciales a los fines de lograr cautelarmente la paralización de las mismas) y el deficiente uso de las Audiencias Públicas, siendo las mismas convocadas en lugares alejados, en horarios o fechas poco convenientes, llegando incluso a tener que suspenderlas por falta de la publicidad exigida por ley[78].

IV. Herramientas

"*¿Van a seguir mirando hacia otro lado las autoridades en materia de riesgo ambiental? ¿Vamos a seguir soportando la carga en términos de vidas humanas, daños económicos y catástrofes ambientales que supone la inadecuada evaluación de dichos riesgos? Es posible que sí, pero no debiéramos y, por ello, se debieran adoptar medidas concretas, a nivel legal, político y social para evitar los riesgos ambientales y paliar en lo posible los daños que produzcan*".[79]

¿Cómo pasamos de lo conceptual a la práctica? ¿Cómo construimos infraestructura sustentable e identificamos, cuantificamos y gestionamos los riesgos ambientales? Más allá de la clásica incorporación de tecnologías limpias o fomentar inversiones de infraestructura para la valoración de los residuos, podemos mencionar otras herramientas no convencionales, al menos en nuestro país, que aplican directamente a la etapa de planificación de las infraestructuras y no al momento ya consumado de

Estratégica", Primer Seminario Internacional de Política Ambiental, Nuevas herramientas, Ley de Ambiente de la Provincia de Córdoba, 20/11/2014.

[78] V. Boletín oficial de la Provincia de Córdoba de fecha 1/07/2018 Res. 295/2018 de la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático, que deja sin efecto el llamado a Audiencia Pública ambiental, ya que "por un error material e involuntario se omitió la publicación de la convocatoria a Audiencia Pública en diarios de circulación provincial y local, tal como lo establece el Art. 36, inc. d) de la Ley 10208" (http://boleti noficial.c ba.gov.ar/ wp-content/4 p96hum uzp/2018/ 07/1_Secc_24 0720 18.pdf).

[79] "La evaluación del riesgo ambiental en España Riesgo ambiental, valoración al hilo de lo acaecido en el proyecto Castor" (https://www.ec ologista senaccio n.org/IM G/pdf/ev aluacion_ries go_ambient al.pdf).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 331

análisis de las ofertas en un procedimiento de contratación, e implican asumir una política de Estado en este sentido, a los fines de que tanto el sector público como los particulares adecúen sus procesos y actividad a estas ideas guía. A saber, entre otras, como las metodologías y tecnologías BIM[80], seleccionamos para desarrollar brevemente, la aplicación de la Metodología de Análisis de Ciclo de Vida (ACV) y la necesidad de llevar una trazabilidad adecuada de los recursos y residuos, la Metodología ENVISION y las Sociedades de Triple impacto (Certificaciones B).

IV.1. Metodología ACV - Análisis del ciclo de vida

"*Tanto el ACV, como la trazabilidad en la industria de la construcción son fundamentales para generar información y datos relevantes para la toma de decisiones dentro de una obra y a nivel país, apoyar a la industria en términos de conocimiento e infraestructura para disposición final*"[81].

Esta metodología permite cuantificar las consecuencias ambientales de un producto (entendido como cualquier bien o servicio[82]), midiendo el impacto potencial a lo largo de su ciclo de vida, desde la adquisición de las materias primas hasta su disposición final. Esto es así, ya que para determinar si un producto es sostenible, se debe considerar la totalidad de su ciclo de vida. Por ejemplo, un proceso de producción podría ser muy sostenible (orgánico, eficiente en energía, etc.), pero los recursos

[80] Tecnologías que permiten el diseño, construcción y operación de proyectos a través de modelos tridimensionales caracterizados con sus atributos específicos y datos. Esto facilita la integración de la información de las distintas fases y actores del proceso en una base de datos centralizados y consistentes y la colaboración más fluida de los actores del proceso. En Chile se desarrolla el "Plan BIM" proyecto que busca incrementar la productividad y sostenibilidad de la industria de la construcción, mediante la incorporación de metodologías y tecnologías avanzadas de información, considerando todas las etapas de los proyectos desde el diseño hasta la operación. Plan a 10 años que tiene como uno de sus hitos relevantes lograr la exigencia de BIM para proyectos públicos en el año 2020, generándose un proceso gradual con anterioridad a esa fecha (http://www.construye20 25.cl/2016/0 5/16/plan-bim- moderni zando -la-industri a-de-la-cons truccion/).

[81] (http://www.elm ostrador. cl/agenda- pais/20 18/0 4/24/como-acerc ar-al-sect or-de-la- constr. uccion-hacia-un a-industria-su stentable/).

[82] "El producto se puede categorizar como sigue: -servicios (por ejemplo, transporte); -software (por ejemplo, programas informáticos, diccionario); -hardware (por ejemplo, parte mecánica de un motor); - materiales procesados (por ejemplo, lubricante)" (https://www.iso.org/obp/ui# iso:std:iso: 14040 :ed-2:v1:es).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 332

necesarios para fabricar el producto podrían venir de muy lejos (lo que implica emisiones relacionadas con su transporte), o su proceso de extracción podría ser muy perjudicial para el medio ambiente o las comunidades circundantes (por ejemplo, algunos tipos de minería)[83].

Esta metodología actualmente se encuentra homologada por la familia de normas ISO 14040, bajo el marco metodológico sistémico de Análisis de Ciclo de Vida (ACV): Huella de Carbono (ISO 14044; 14067; 14069); Huella Hídrica (ISO 14046), Ecoetiquetas (ISO 14025), sobre las que se apoya el esquema de certificación EPD/PCR, entre otras (GHG Protocol, BSi, Global Compact, etc).

Por ejemplo, en Chile, en una iniciativa conjunta del gobierno nacional, la Cámara Chilena de la Construcción y el Colegio de Arquitectos, entre otras 13 instituciones públicas y privadas, se ha desarrollado una "certificación edificio sustentable"[84], un sistema nacional que permite evaluar, calificar y certificar el comportamiento ambiental de edificios de uso público en Chile, tanto nuevos como existentes, sin diferenciar administración o propiedad pública o privada, estimulando al mercado para que valore este tipo de edificación.

Se basa en el cumplimiento de un conjunto de variables, desagregadas en requerimientos obligatorios y voluntarios que entregan puntaje. Para certificarse se debe cumplir con los requerimientos obligatorios[85] y tener como mínimo 30 puntos, de un máximo de 100, incluyendo específicamente la gestión de residuos durante la construcción, la reducción del uso de agua para la construcción (y en los materiales utilizados), en el funcionamiento del edificio y en caso de riego, la concentración de carbono en los materiales de construcción, muebles, accesorios y equipos

[83] Red Argentina de Ciclo de Vida (https://analisisc iclode vida.wixsi te.com/inicio).

[84] (http://www.certifica cionsustent able.cl/).

[85] Para la versión 1 de esta certificación (mayo 2014), el ámbito general del comportamiento ambiental de un edificio se ha centrado en cinco aspectos temáticos: 1. Calidad del Ambiente Interior 2. Energía 3. Agua 4. Residuos 5. Gestión. Estas temáticas se han agrupado en cuatro categorías: A. Diseño Arquitectónico Pasivo (Arquitectura) B. Diseño de Sistemas Activos (Instalaciones) C. Construcción D. Operación. La categoría "C. Construcción", se enfoca específicamente en requerimientos de "Manejo de Residuos durante la Construcción", mientras que en la categoría "D. Operación" se enfoca en requerimientos "Gestión de la Operación y Mantenimiento (http://www.ce rtificacion sustentable .cl/documentos_sitio/ 27310_Ma nual1_Ev aluacion&C alificaci on_v1.1_201 4.05.2 8.pdf).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 333

para su decoración y acondicionamiento, la demanda de energía, el acondicionamiento acústico, etc.

En la misma sintonía, en nuestra Provincia se está trabajando sobre un proyecto de resolución de "Etiquetado ambiental edilicio" en el ámbito del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos. Se trata de un estándar[86] y elemento complementario de las herramientas de gestión ambiental previstas en la Ley 10208, referido a la certificación ambiental para edificaciones públicas, privadas, industriales, comerciales y de servicios, que conlleva implícita la idea de sustentabilidad, en relación tanto al uso como al diseño eficiente[87].

Explícitamente el proyecto consagra que el estándar comprende "el conjunto ordenado de objetivos, requerimientos y estrategias, que, a modo de instrumento operativo, mejore la eficiencia integral sustentable de las construcciones en general y en los edificios en particular, en todo su ciclo de vida"[88].

Encontramos también otros ejemplos en la jurisdicción local, a saber: La Fundación Eco Inclusión, de Alta Gracia, con su proyecto de ladrillo fabricado con desechos de plástico, ganó el Desafío Google.org 2017[89] y la ordenanza sancionada a principio de julio por la Comuna de Villa del Dique, la primera en su tipo en la Provincia, que regula el método de construcción de viviendas en tierra cruda/adobe[90].

IV.2. Metodología ENVISION[91] (y su actualización del año en curso ENVISION V3).

"*El debate sobre la inversión en infraestructura es complejo (…)(;) las ne-*

[86] Art. Proyectado 6.4 "*El Etiquetado Ambiental Edilicio, como estándar, se transforma en instrumento de desarrollo constructivo sustentable. Permitirá crear una línea de base cuyas exigencias se considerarán las mínimas a cumplir y calificar el estado de las construcciones en general*".

[87] Aspectos vinculados con la energía (térmica y eléctrica, privilegiando las formas renovables), el agua (tanto potable, como para riego y la cosechada de lluvia, así como el manejo adecuado de los excedentes hídricos), los materiales, la generación de efluentes (sólidos, líquidos y gaseosos), su gestión y calidad ambiental.

[88] Art. 5 proyectado.

[89] http://ww w.ecoinclusi on.org/

[90] http://www.lavoz.com.ar/ciuda danos/primer-municipio-que-regula-la-casa-en-adobe

[91] http://researc h.gsd.harvard.edu/zofnass/ files/20 16/12/Envisi on_SP.pdf

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 334

cesidades públicas superan los recursos públicos, en la mayoría de las comunidades; las prioridades se definen en función de lo que parece ser más indispensable en el momento (…) El sistema Envision nos ayuda a cuantificar y demostrar los beneficios de la infraestructura sostenible en el punto álgido de la adquisición, es decir, cuando los encargados de tomar las decisiones tienen la mejor oportunidad para tomar buenas decisiones con impacto duradero".[92]

Es un sistema de calificación y una guía orientadora que introduce consideraciones de sostenibilidad en los proyectos de infraestructura civil (carreteras, puentes, gasoductos, vías férreas, aeropuertos, presas, diques vertederos, plantas para el tratamiento de aguas, etc.), asumiendo una postura integral mediante la auto evaluación o valoración por un tercero, de los proyectos en función del valor que tienen para las comunidades, el uso eficiente de fondos y la contribución a las condiciones de sostenibilidad[93].

Herramienta desarrollada como cooperación técnica entre el Programa Zofnass para el Desarrollo Sostenible de la Escuela Graduada de Diseño de la Universidad de Harvard y el Instituto para la Infraestructura Sostenible[94], que abarca todas las etapas de la vida de un proyecto: planificación, diseño, construcción, operaciones y deconstrucción.

ENVISION fue diseñado como un sistema de ranking integral, aplicable a todo tipo de obras civiles y califica los proyectos en función de su contribución global a aspectos económicos, medioambientales y sociales de la sostenibilidad, incorporando la valoración del bienestar social, Condiciones cambiantes, Restauración de recursos naturales y ecosistemas, Reducción de costos y riesgos a largo plazo, Innovación significativa y relevante.

En concreto establece cinco categorías generales (1. Calidad de vida, 2. Liderazgo, 3. Distribución de Recursos, 4. Mundo Natural y 5. Clima y Riesgo) que abarcan subcategorías y más de 60 criterios de valoración necesarios para el desarrollo de infraestructura sostenible, y 6 niveles de cumplimiento (1. Convencional, 2. Mejora, 3. Aumenta, 4. Superior, 5.

[92] http://researc h.gsd. harvard.ed u/zofnass /files/20 16/12/En vision_SP.pdf Página 7.
[93] http://www.cons truye2025.c l/wp-conten t/uploads/201 8/01/208-S ustainab le-MOP-Pr ojects-ENVIS ION.pdf
[94] https://sus tainab leinfrast ructure.org/

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 335

Conserva/impacto negativo 0 y 6. Restaura/ a los sistemas de recursos ecológicos, económicos y sociales).

Cada categoría y nivel de cumplimiento tiene asignado un puntaje ponderado conforme a la contribución estimada a la sostenibilidad, y es así como permite identificar impactos ambientales, mensurarlos, prevenir conflictos ambientales al permitir la participación de la comunidad destinataria de la infraestructura, aumentar la credibilidad y confianza en el Estado, etc.

Si bien esta metodología fue desarrollada para los EEUU y Canadá, se ha presentado, por ejemplo, por el Ministerio de Obras Públicas de Chile, dentro del Programa "Construye 2025", y en Latinoamérica, en colaboración con el BID, se ha utilizado para calificar proyectos en Las Bahamas, Ecuador y Brasil[95].

IV.3. Sociedades de Triple impacto (Certificaciones B)

"*El Proyecto de Ley BIC posibilitará que, por ejemplo, una Sociedad Anónima (S.A.). o una Sociedad Anónima Simplificada (S.A.S) o cualquiera de los otros tipos legales previstos en la Ley General de Sociedades N° 19550 pase a ser una S.A. "B.I.C." /S.A.S B.I.C. La Ley General de Sociedades N° 19550 no se modifica ni se crea un tipo legal nuevo*"[96].

"*En este sentido, el objetivo de esta norma que se promueve es proteger la toma de decisiones que tienen en cuenta otros factores, además del económico, de modo que los administradores de esas sociedades pueden llevar a cabo acciones dirigidas a lograr beneficios para el colectivo, sin que por ello puedan endilgárseles responsabilidades*"[97].

El "Sistema B"[98], es un movimiento mundial que otorga certificaciones a sociedades de triple impacto (económicos, sociales y medioambientales), promoviendo formas de organización económica que puedan

[95] V. Informe de Sostenibilidad del BID 2015, p.22 (https://publication s.iadb.org/han dle/11319/753 2?locale-attribu te=es &locale-attr ibute= en); "The Bahamas: EasingTrafficProblems and Floodingwith a Road and a Pond"; "Ecuador: ControllingWaterthroughRestoration; "Brazil: Encircling South America'sMegacity".

[96] (https://sistemab. org/ley-bic- el-congreso -argentino-po dra-reconoce r-legalme nte-y-pote nciar-a-las-empres as-de-tripl e-impacto/).

[97] Fundamentos Proyecto de ley BIC de fecha 9/11/2016.

[98] (https://sistema b.org/sociedad des-b-socieda des-de-triple -impacto-es- necesario-un –reconocimie nto-normati vo-argentina/)

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 336

ser medidas desde el bienestar de las personas, las sociedades y la Tierra, de forma simultánea y con consideraciones de corto y largo plazo. En el Congreso de la Nación se encuentra en tratamiento un proyecto de ley para la creación de las "sociedades de beneficio de interés colectivo" (BIC)[99], que permitirían dar un ropaje legal específico a esta iniciativa, ya que si bien hoy funcionan como organizaciones sin fines de lucro o sociedades comercial, con la actual legislación se observan dos inconvenientes, por un lado, la admisión de actividades de impacto social y ambiental positivo se puede entender "en conflicto" con el requisito de la especialidad del objeto; y por otro, el concepto de "beneficio" tiene un alcance más amplio que el de la exclusiva obtención de ganancias que se traduzca en una riqueza a distribuirse entre los socios, se crea "valor" económico, social y ambiental.

El proyecto de ley contempla los siguientes aspectos: 1) ampliación del objeto de la empresa a actividades y negocios de triple impacto; 2) la necesidad de plasmar en su instrumento constitutivo el tipo de impacto a generar siempre que sea verificable; 3) protege al administrador de reclamos de los socios por su actividad, ya que según el artículo 4 proyectado "los administradores deberán tomar en cuenta los efectos de sus acciones u omisiones respecto i) los socios, ii) los empleados actuales y, en general, las fuerzas de trabajo de la sociedad, iii) las comunidades con las que se vincule, el ambiente local y global, iv) las expectativas a largo plazo de los socios y de la sociedad"; 4) consagra el derecho de receso de los socios que no acuerden con el cambio de objeto; 5) obligación de realizar un reporte anual, de acceso público y auditado por profesional independiente.

Entiendo que uno de los aspectos del proyecto de ley, que justifican su incorporación dentro de las herramientas seleccionadas a los fines de incentivar la infraestructura sostenible, es la consagración expresa de la exigibilidad de cumplimiento del objeto de triple impacto no sólo por los socios sino también por la sociedad, abriéndose un interrogante en relación a la legitimación activa y procedimiento a seguir para hacerla efectiva.

En Argentina ya son 70 las empresas con certificación B, y en Córdoba 3 emprendimientos ya tienen su certificado (Ondulé: una fábrica

[99] Se puede descargar el proyecto de ley de fecha 09/11/2016 (http://sistemab .org/wp-content/uploa ds/2017/04/Pro yecto-Le y-BIC.p df).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 337

de juguetes realizados con cartón reciclado; Aro Studio Design: es un estudio de diseño gráfico e industrial, que trabaja con material 100% biodegradable y Porta Hnos)[100].

V. Palabras finales

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe expresa: "*Este Acuerdo Regional es un instrumento jurídico pionero en materia de protección ambiental, pero también es un tratado de derechos humanos. Sus principales beneficiarios son la población de nuestra región, en particular los grupos y comunidades más vulnerables*"[101].

Por su parte, la División de Vivienda y Desarrollo Urbano del Banco Interamericano de Desarrollo señala: "*Planificar para la sostenibilidad requiere adoptar una visión holística del desarrollo, a través de la cual las necesidades de infraestructura de un país se evalúan considerando los recursos humanos, naturales y fiscales disponibles, y teniendo en cuenta las potenciales contradicciones y sinergias entre los distintos sistemas de infraestructura. Por ejemplo, la decisión de construir nuevas soluciones habitacionales debería ser tomada considerando, a su vez, cómo se proveerán los servicios públicos en la zona (agua, drenajes, electricidad, transporte, etc.), cómo se financiará la construcción y mantenimiento de las obras, y cuáles son los posibles impactos ambientales. Y esto sólo puede resultar de un adecuado proceso de planificación*"[102].

Existe una íntima conexión entre los derechos humanos y el medio ambiente, donde la creación de condiciones de vida digna, disminuye vulnerabilidades y potencia las capacidades de respuesta de los individuos y colectivos frente a las amenazas ambientales.

---

[100] (https://infonegoci os.info/enfoque/o ndule-a ero-y-porta- las-3-empres as-b-en-co rdoba-por- ahora-4-mas-pre paran-sus- papeles).

[101] Prefacio Páginas 7/8 "Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe" citado.

[102] (https://blogs.iad b.org/ciuda dessosteni bles/2016/05/02/in fraestruc tura-sostenible-2/#_edn1).

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 338

En este contexto, no cabe duda de la necesidad de invertir en infraestructura sostenible[103].

Los esfuerzos deben estar dirigidos al momento técnico-político de toma de decisión en relación a qué obras desarrollar, cuándo y cómo hacerlo. No podemos seguir gestionando conflictos ambientales ya instalados (que inician en jurisdicción local y luego se trasladan a la internacional), incorporando criterios ambientales para valorar la oferta más conveniente en un procedimiento de contratación, cuando la decisión de realización de la obra ya fue tomada, remediando (en el mejor de los casos) impactos ambientales que pudieron prevenirse (principios de derecho ambiental de prevención y precautorio, con recepción internacional y nacional), y trasladando los costos de los impactos negativos a los sectores más vulnerables en última instancia.

Las metodologías referidas en el presente trabajo, implican identificar y cuantificar los impactos ambientales en una etapa ex ante, clarificando los costos y beneficios de la inversión y permitiendo así debatir con la comunidad afectada, en el caso de existir impactos ambientales cuáles son, qué costos tienen y quién los debe soportar, en el caso de poder prevenirlos, cuál es el costo y los beneficios a largo plazo.

El papel del Estado, como facilitador e instigador de una nueva cultura de prevención, participación de la comunidad (como "deber") y la clarificación de los costos ambientales en el desarrollo de proyectos de infraestructura, resultan imprescindibles a los fines de mejorar nuestra calidad de vida sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras.

Tal como señala Carlos Delgado: "*El cambio implica una incertidumbre, que el liderazgo debe guiar y el compromiso conciliar*"[104].

[103] (https://www.iadb. org/es/noti cias/informe- de-sosten ibilidad-del-2 017-del-bid-enf atiza-la-urgen cia-de-invertir- en).

[104] DELGADO, Carlos. "Responsabilidad Ambiental. Programa focalizado iniciación a la responsabilidad social para el sector público", ICDA - UCA Provincia de Córdoba 2013.

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 339

VI. Bibliografía

"Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe", adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018. División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (https://repositorio.cepal.org/bit stream/handle/1 1362/435 95/1/S1800 429_es.p df).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - OPINIÓN CONSULTIVA OC-23/17 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2017 (http://www.corteidh.or.cr/do cs/opinion es/seriea_23_ esp.pdf).

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.) "*El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*", Lerner Editora, Córdoba, 2008. (file:///C:/Users/marti/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb 3d8bbwe/TempState/Downloads/34-119-1-PB%2 0(3).pdf).

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. "Aspectos conceptuales del principio de precaución ambiental", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) (file:///C:/Users/marti/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/artprincipioprecaucion%20(1).pdf).

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata "El rol normativo de los principios generales del derecho ambiental", *Cuaderno de Derecho Ambiental - Principios generales del derecho ambiental*, Nº IX, 2017, Córdoba, República Argentina (file:///C:/Users/marti/AppData/Local/Packages/ Microsoft. _8wekyb3d 8bbwe/TempState/Downloads/IDARNCuadernodeDerechoAmbientaIX 2017%20(2).pdf).

FONTANA, Silvia - MAURIZI, Valeria. "Desafíos de la Gestión Local del Riesgo de Desastre: Políticas municipales en la Provincia de Córdoba".

HERRERA, Rodrigo Alejandro Jiliberto. Conferencia "Evaluación Ambiental Estratégica". Primer Seminario Internacional de Política Ambiental. Nuevas herramientas. Ley de Ambiente de la Provincia de Córdoba, 20/11/2014.

ICDA UCA. Programa focalizado iniciación a la responsabilidad social para el sector público, Provincia de Córdoba, 2013.

Informe de Sostenibilidad del BID 2015 (https://publications.iadb.org/handle/11319/7532?locale-attribute=es&locale-attribute=en)

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 340

JULIÁ, Marta. "Nuevas formas de construir y Ley ambiental 10208", Ciclo de conferencias pre Congreso Internacional de Ambiente, jueves 16 de agosto del año 2018, Ciudad de Córdoba.

LAVELL, Allan. "Sobre la Gestión del Riesgo: Apuntes hacía una Definición", 2002.

MORELLO, Augusto M. y SBDAR, Claudia B. "Teoría y Realidad de la Tutela Jurídica del Ambiente", LL 2007-F, 821.

UNDP – ISDR "Nota de orientación sobre recuperación: Infraestructura"

UNISDR, 2009. "*Terminología sobre reducción de riesgos de desastres*", Estrategia internacional para la reducción de riesgos de desastres - Naciones Unidas.

Páginas web

http://www.cba.gov.ar/

https://www.overshootday.org/

https://sustainableinfrastructure.org/

http://www.construye2025.cl/

http://www.certificacionsustentable.cl/

http://www.certi ficacionsustentable.cl/

https://analisisciclodevida.wixsite.com/inicio

https://sistemab.org/

www.hic-al.org

https://www.unisdr.org

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 341

OK - Cuaderno de Derecho Ambiental X 2018_Maquetación 1 8/11/2019 14:23 Página 342