

ANTOLOGÍA JUDICIAL Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO AMBIENTAL

JUDICIAL ANTHOLOGY AND GENERAL THEORY OF ENVIRONMENTAL LAW

Alicia Morales Lamberti

Resumen: El presente trabajo realiza una sintética “topología conceptual” de las resoluciones judiciales y de los votos de Ricardo Lorenzetti, tratando de descubrir la “microfísica” del estudio aplicado en las diversas causas judiciales ambientales resueltas, bajo su concepción del paradigma ambiental: su modo de abordarlas, de pensarlas, construirlas y expresarlas, de un modo que se presentan como un todo indivisible, demostrativo de una unidad lógico jurídica.

Palabras-clave: Teoría general del derecho ambiental - Jurisprudencia ambiental - Ricardo Lorenzetti - Paradigma ambiental.

Abstract: The present work carries out a synthetic “conceptual topology” of the judicial decisions and the votes of Ricardo Lorenzetti, trying to discover the “microphysics” of the study applied in the various environmental judicial cases resolved, under his conception of the environmental paradigm: mode to approach them, to think about them, construct them and express them, in a way that they are presented as an indivisible whole, demonstrating a legal logical unit.

Keywords: General Theory of Environmental Law - Environmental Jurisprudence - Ricardo Lorenzetti - Environmental Paradigm.

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

* Trabajo recibido el 10 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 7 de octubre del mismo año. Similar tema ha sido desarrollado recientemente en la Revista de Derecho Ambiental.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesora Titular Plenaria de Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental en 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.

I. Introducción

Se puede convenir que una antología¹ judicial centrada en la producción intelectual y judicial de un magistrado, no es frecuente. Sin embargo, en el derecho ambiental habitan juristas que, por ser irreductibles, singulares, diferentes, irradian su producción intelectual en decisiones judiciales que tienen memoria para la formación de consciencia colectiva. Un juez ambiental depositario público de la confianza de la sociedad en la interpretación y aplicación de la ley.

Se trata de una doctrina judicial, cuya trascendencia no suele advertirse suficientemente, y donde las respuestas a los conflictos socioambientales, son necesariamente “situados”: sus características están determinadas por el contexto ecológico, histórico, cultural, social y económico en que se inscriben y evolucionan, trabajando prospectivamente, con un enlace entre el momento presente, pero asegurando un futuro con sentido común.

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

Esta antología de la doctrina judicial generada a partir de los más significativos votos del ex Presidente y actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo L. Lorenzetti, aunque no sea exhaustiva, procura evidenciar cómo su pensamiento doctrinario y el efectivo ejercicio de su función judicial en el Máximo Tribunal, han contribuido a sentar bases esenciales de la actual teoría general del derecho ambiental, sus principales institutos, reglas, principios y valores, con especial énfasis en su denominada teoría de la implementación, orientada hacia la eficacia del derecho ambiental.

II. Estado de derecho ambiental y paradigma ambiental

El derecho ambiental, tiene en nuestro sistema legal, jerarquía y tutela constitucional (artículo 41 Constitución Nacional). El Estado de Derecho Ambiental, es la vigencia de la ley dentro de un paradigma ambiental³. En ese sentido, el reconocimiento de estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así

(1) La palabra “antología” proviene del griego *anthos*, que significa “flor”, y *legein*, que quiere decir “escoger” o “seleccionar”. Así, originalmente la palabra se usaba para designar una selección de flores para un ramillete.

(2) DELEUZE, Gilles. “Entretien sur Mille Plateaux”, Pourparplers, París, p. 45.

(3) UICN, Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. Acerca del Estado de Derecho en materia ambiental. Congreso Mundial de Derecho Ambiental

como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente⁴.

La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y la doctrina judicial de Ricardo Lorenzetti, ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de derecho⁵, donde resulta imprescindible crear un contexto institucional que promueva el cumplimiento de la ley de modo coherente con el sistema ecológico⁶, en razón que el verdadero Estado de derecho no puede existir sin la sustentabilidad ecológica y un Poder Judicial independiente⁷. El Estado de derecho es un sólo estado, y si admite un sistema protectorio de la parte débil, también se aplica a la naturaleza; si admite un sistema de derechos humanos colectivos, también se aplica en este campo⁸.

Entre esos aspectos, se incluyen⁹ mecanismos eficaces de rendición de cuentas, transparencia, ética, integridad y lucha contra la corrupción, así como la utilización de los mejores conocimientos científicos disponibles. Se trata de categorías que operan a modo de principios transversales¹⁰: igualdad y no discriminación; acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia ambiental.

de la UICN, Brasil, 2016. Vid. LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Wolters Kluwer, Madrid-España, 2019, p. 85.

(4) CSJN, Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional Y Otros y Otros s/ Daños y Perjuicios (Daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo), 20/06/2006. Fallos: 329:2316; CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. 04/06/2019. Fallos 342:917 y CSJN, “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera y otro s/ sumarísimo”. 23/02/2016. Fallos: 339:142.

(5) CSJN, “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”, 26/04/2016. Fallos: 339:515 y CSJN, “Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales- Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental”, 25/02/2021. Fallos 344:174.

(6) LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, Edit. La Ley, 2008, p. 2.

(7) BENJAMIN, Antonio. “Função ambiental”, en *Dano Ambiental. Prevenção, reparação, e repressão*, Editorial Rev. Dos Tribunais, 1993, p. 49.

(8) LORENZETTI, R. Conferencia en el Congreso Argentino de Derecho Ambiental, 2018.

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

(10) Se trata de principios que integran los estándares contemplados en el enfoque de derechos humanos de la Corte Interamericana, a saber: 1) contenido mínimo de los derechos y universalidad;

El Estado de Derecho Ambiental se basa en reglas, principios y valores democráticos participativos y deliberativos: una concepción democrática deliberativa de la gobernanza ambiental. Por ello, la inexistencia del Estado de Derecho en materia ambiental y la falta de cumplimiento de los derechos y las obligaciones de índole legal, podrían tornar arbitrarias, subjetivas e impredecibles a la buena gobernanza, la conservación y la protección ambiental¹¹. Calificar jurídicamente a determinados derechos ambientales como fundamentales produce dos tipos de efectos: declaración de inconstitucionalidad de leyes que los afecten gravemente y pretensiones positivas de satisfacción del contenido mínimo del Derecho, como ocurre con el acceso al agua potable.

Con ello, la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras¹².

La Constitución Nacional (CN) permite afirmar la existencia de deberes positivos de protección ambiental, entre los cuales se destaca el deber de preservarlo. El ambiente no es para la CN un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario. Ello surge del art. 41 de la Norma Fundamental argentina, que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos en cabeza de los particulares y del Estado. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado¹³. En el mismo sentido, y en orden a la efectividad de esa protección, el artículo 240 en nuestra legislación civil y comercial, establece como límite al ejercicio de los derechos individuales, la preservación del funcionamiento y la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la bio-

2) respeto por los derechos humanos, incluido el derecho a un medio ambiente sano, seguro y sostenible; 3) progresividad y no regresividad; 4) igualdad y no discriminación; 5) acceso a la justicia y mecanismos para la resolución imparcial, independiente y oportuna de las controversias; 6) reglas eficaces sobre el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia ambiental y 7) participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas públicas.

(11) LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. cit., pp. 36-37.

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

(13) CSJN, La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas, 01/12/2017. Fallos: 340:1695, cons. 6) y CSJN, in re “Barrick”, 04/06/ 2019. Fallos 342:917.

diversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial¹⁴.

En ese marco, el estudio del Derecho Ambiental requiere una descripción del contexto cultural en el que se desenvuelve. De esa manera se comprende que no es una mera especialidad ni un problema de derechos individuales, sino un cambio de paradigma¹⁵. La existencia de un paradigma ambiental, que actúa como un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio, que se vincula con la interacción sistémica y con los enfoques holísticos¹⁶, emerge cuando la naturaleza aparece como un sujeto vulnerable, necesitado de protección: la “naturaleza”, como totalidad, y no sólo sus partes, es lo que ahora aparece como recurso escaso, cuestión que nos presenta un escenario conflictual diferente a los que conocemos.

Precisamente, porque el Derecho Ambiental requiere una descripción del contexto en el que se desenvuelve, la protección de la diversidad cultural¹⁷ ha sido recientemente integrada como un sub componente del paradigma ambiental: “el respeto a la identidad cultural”. En su voto (compartido) Lorenzetti hace realidad el modelo de Estado multicultural, plural y diverso que ha adoptado nuestro país, donde las diversas etnias, culturas y nacionalidades que habitan el suelo argentino se congregan, a los fines institucionales y con sus matices, bajo el mismo techo constitucional.

El paradigma ambiental, receta un giro ontológico que se aparta del proceso de ordenación y categorización propio de la cultura dominante. La otredad cultural “corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo”¹⁸, constituida a partir de la cosmovisión y valores espirituales que emana de una estrecha relación intersubjetiva de pueblos con sus territorios y recursos naturales, en especial los aspectos colectivos de esa relación. El modelo de institucionalidad

(14) CSJN, in re “Saavedra”, 25/02/2021. Fallos 344:174.

(15) LORENZETTI, Ricardo. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. cit., p. 23.

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

(17) CSJN, “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/acción de Inconstitucionalidad”, 08/04/2021. Fallos: 344:441. “(...) la reforma de la Constitución Nacional de 1994 reemplazó la antigua cláusula del art. 67, inciso 15, que disponía como obligación del Congreso Nacional la de “conservar el trato pacífico con los indios, y promover a la conversión de ellos al catolicismo”, tratándolos como sujetos ajenos a la vida nacional colectiva y como objetos de dominación cultural, por el actual art. 75, inciso 17, que da cuenta de la adopción de un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Esta disposición, luego de afirmar la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, les garantiza un conjunto de derechos específicos basados en el deber de asegurar “el respeto a su identidad cultural”, entre los que destaca como instrumento para hacerlos efectivos el derecho a la participación en la gestión referida a los recursos naturales y otros intereses que los afecten”.

(18) CORTE IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C núm. 125, 2010.

política del Estado ha sido históricamente construido y definido a través del sometimiento de diversas culturas a los valores y concepciones de una cultura hegemónica; el paradigma de protección de la diversidad cultural cuestiona el ideal de una ciudadanía homogénea y, por lo tanto, asimilacionista con los pueblos indígenas y advierte, por el contrario, que se debe lograr el efectivo reconocimiento de la diferencia y un diálogo abierto que permita discutir sobre los espacios y mecanismos de interacción entre la forma de vida indígena y la no indígena¹⁹.

De la existencia de un paradigma ambiental y cultural, que actúa como un principio organizativo del pensamiento, surge no sólo una nueva disciplina, como se suponía con las etapas anteriores, puesto que estamos ante una cuestión que incide en el plano propositivo de las hipótesis, y es, fundamentalmente, una mudanza epistemológica²⁰. Esta etapa “paradigmática”, es la que está cambiando el modo de ver los problemas y las soluciones proporcionadas por nuestra cultura.

Quien se basa en paradigmas, da preeminencia al contexto por sobre la norma y para alcanzar soluciones a los debates acerca de esta etapa “paradigmática”, se propone lograr una armonización del sistema jurídico con el ecológico, todo lo cual implica identificar el bien jurídico protegido y luego fijar los instrumentos para que ese objetivo sea cumplido con eficacia²¹.

III. El ambiente como bien jurídico colectivo

El primer elemento novedoso que trae el paradigma ambiental es el advenimiento de un bien jurídico del que no se tenía antecedentes: el ambiente. El mismo no pertenece a las categorías clásicas. En efecto, la caracterización del ambiente como “un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible”²², cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no solo debe atender a las pretensiones de las partes²³.

El daño que un individuo causa al bien colectivo ambiente se lo está causando a sí mismo. La mejora o la degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual²⁴. La noción jurídica de ambiente, como bien colectivo de jerarquía constitucional que por su naturaleza jurídica es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, es el referente teórico, práctico y finalista de un

(19) CSJN, *in re* Comunidad Mapuche Catalán, 08/04/2021. Fallos: 344:441.

(20) LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. cit., p. 24.

(21) *Ibidem*, p. 39.

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

(23) CSJN, *in re* “Barrick”, 04/06/2019. Fallos 342:917.

(24) CSJN, *in re* “Mendoza”, 20/06/2006. Fallos: 326:2316.

orden público ambiental indisponible, que suscita no sólo una mutación solamente disciplinaria sino epistemológica²⁵.

Los derechos de incidencia colectiva tienen por objeto bienes colectivos, como el ambiente en sí mismo. En estos supuestos, Lorenzetti define -en su voto en la causa "Halabi"-, que existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes²⁶. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno²⁷.

En consecuencia, el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos: 329:2316 y 340:1695)²⁸. El bien colectivo es un componente del funcionamiento social y grupal. Por ello cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga²⁹. Además del ambiente como macro bien, integra micro bienes ambientales, tal el caso del uso del agua es un micro bien ambiental y, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible³⁰.

(25) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L. *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 483.

(26) CSJN, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16986". Fallos: 332:111.

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

(28) Desde la perspectiva de la noción jurídica de ambiente, como bien colectivo de jerarquía constitucional situado en la esfera social y que, por su naturaleza jurídica, es de uso común e indivisible, su menoscabo se conceptúa como daño ambiental colectivo conforme el artículo 27 de la ley 25675, que establece: "Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos".

(29) LORENZETTI Ricardo. "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", LL 1996-D-1030 y ss.

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

El ambiente es un “macrobien”, y como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas. Un concepto donde predomina la noción de “interrelación” o “sistema” que es esencial para la comprensión³¹. Por su parte, los “microbios” son partes del ambiente, que en sí mismos tienen la característica de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el macrobien.

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

IV. Función ecológica en el ejercicio de los derechos fundamentales

Entre todas las reglas, principios y valores que enmarcan el Estado de Derecho Ambiental, se destaca la función ecológica o ambiental en el ejercicio de los derechos fundamentales, circunstancia que conlleva la inescindible compatibilización entre las prerrogativas individuales y las colectivas³².

La moderna concepción de las medidas necesarias para la protección respecto del medio ambiente, se basan esencialmente en los principios preventivo y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles³³ y reparatorios del daño ambiental³⁴. Todo ello advierte, que la racionalidad que presupone el Estado de Derecho Ambiental para el campo legal, no es ya antropocéntrica sino ecocéntrica e intergeneracional³⁵. El dualismo del antropocentrismo, es suplantado por redes relacionales que integran en igual jerarquía a distintos seres vivos u otros componentes del ambiente. Se conforman así, comunidades que son tanto sociales como ecológicas, obligando a pensar desde otros puntos de partida cómo se concibe jurídicamente el mundo natural.

Si bien la distinción entre dos justicias -una ambiental y otra ecológica- es reciente, las múltiples disposiciones normativas que existen y el enfoque pluralista que promueve en nuestro caso la propia Constitución Nacional, hacen que su relación

(31) Cfr. LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. cit., pp. 98-99.

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

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

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

(35) LORENZETTI, Pablo. “La función ecológica en el Estado de Derecho Ambiental Argentino”, Op. cit., 2018.

(formal) sea dinámica y en permanente evolución, permitiendo la coexistencia del paradigma ambiental con el paradigma ecológico³⁶, basado en el reconocimiento de valores intrínsecos y derechos de la naturaleza, en el marco de una justicia ecológica intergeneracional.

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

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

Esta visión ecocéntrica, a modo de ejemplo, claramente se recepta en varias normas de la Ley General del Ambiente 25675), entre cuyos objetivos está “mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos”; “posibilitar la sustentabilidad ecológica” (art. 1º); “(...) garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga” (art. 6º); y la concepción de daño ambiental colectivo: “Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

Más ampliamente, el art. 240 del nuevo Código Civil y Comercial, que instituye un “orden público de coordinación” y se erige como “columna vertebral del Derecho Ambiental” (Cafferatta, 2019), condensa una clara concepción eco-céntrica cuando establece que el ejercicio de los derechos individuales no sólo debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, sino especialmente “no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad,

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

el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

En consecuencia, los derechos individuales, deben ser armonizados con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14, 240 y 241 Código Civil y Comercial) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1, 2 y 4 de la Ley General del Ambiente 25675), teniendo en cuenta el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados³⁷.

V. Responsabilidad intrageneracional e intergeneracional

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

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

El sujeto “actual” es legitimado en función de integrar una generación “actual”, a la cual se le adjudica una responsabilidad, y para preservar un bien futuro. Es un moderno e impropio gestor de negocios ajenos, pero que no pertenecen a una persona sino a una generación, y que no está ausente, sino que todavía no existe. La regla de ahorrar o de preservar el medio ambiente para generaciones futuras establece una acción colectiva intergeneracional³⁸.

Por ello, reiteradamente ha señalado en sus votos, que en materia ambiental el caso debe ser analizado desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el citado artículo 4° de la Ley General del Ambiente introduce los principios de prevención del daño y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles³⁹. Dicho

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

(38) LORENZETTI, Ricardo L. “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, *La Ley* 1996-D, 1058 - Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales VI, 01/01/2007, 925.

(39) CSJN, *in re* “Mamani”, Fallos: 340:1193 y CSJN, “Cruz, Felipa”. Fallos: 339:142.

en otras palabras: el medio ambiente, las generaciones futuras y la naturaleza son un elemento transversal al derecho ambiental argentino.

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

En el abordaje actual, el paradigma ambiental completa la teoría de los derechos. Esta nueva “ontología” da lugar al surgimiento de deberes de protección de los bienes colectivos y a límites en el ejercicio de los derechos individuales que surgen cuando afectan al bien colectivo (ambiente) de modo irreversible⁴⁰.

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

Consecuentemente, progresivamente el bio-centrismo, fue incorporando la mirada eco-céntrica y los valores intrínsecos, cuestionando los supuestos epistemológicos y jurídicos tradicionales que reducen la naturaleza a sus características físicas observables que posee un valor de cambio, como medida de todas las cosas. Así, el ambiente como bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible, requiere respuestas a intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica por los numerosos derechos afectados, exigiendo soluciones enfocadas en la sustentabilidad futura⁴¹. Por esta razón, reitera Lorenzetti, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan.

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

En el marco de una justicia ecológica intergeneracional con visión policéntrica, la medida cautelar tendiente a hacer cesar de modo efectivo e inmediato los focos de incendio producto de la quema de pastizales fue considerada procedente, si resulta que hay una afectación severa de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza in-

(40) Cfr. LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. cit., p. 96, y LORENZETTI, R. *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

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

terjurisdiccional; que hay efectiva degradación ambiental o afectación de una cuenca hídrica que compromete seriamente su funcionamiento y sustentabilidad, en tanto su conservación es prioritaria, no solo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras⁴².

Por ello, cuando existe evidencia de obras con suficiente relevancia como para alterar un amplio ecosistema, esas consecuencias deben ser adecuadamente medidas teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras⁴³.

Una justicia ecológica intergeneracional con visión policéntrica, dispuesta a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan⁴⁴, implica que el término sustentabilidad no calificaría un modelo de desarrollo, sino que se trataría de una construcción teórica que exige adoptar medidas y mandatos judiciales orientados hacia un resultado sustantivo y efectivo de protección y restablecimiento de la integridad de los ecosistemas, al igual que para mantener y mejorar la resiliencia de los sistemas socio ecológicos, considerando el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente⁴⁵.

Por esta razón, la solución judicial en materia ambiental, tampoco puede limitarse a resolver el pasado, ni sólo el interés de las generaciones presentes, sino también la defensa de las generaciones futuras⁴⁶; esto es, debe estar ordenada fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan⁴⁷.

Como vemos, el paradigma ambiental construye sustantivamente una justicia ecológica intra e intergeneracional, con visión policéntrica del proceso ambiental, sin renunciar a aplicar al derecho ambiental como ciencia de la solución de problemas, pero con una constelación sistemática y consecuencialista⁴⁸, ya que la solución tam-

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

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

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

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

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

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

(48) LORENZETTI, Ricardo L. "El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores", LL 1998-A, p. 1039. Cfr. CSJN, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de

poco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una medida enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan⁴⁹, con anclaje finalista en valores constitucionales y apartada del utilitarismo clásico⁵⁰.

VI. Teoría de las fuentes

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

Con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, los tratados internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, deben ser tenidos en cuenta como fuente del derecho para decidir un caso⁵¹. Pero, además, en la labor de interpretación y aplicación de una norma -según el artículo segundo-⁵², también tiene especial relevancia el sistema de derechos humanos, cumpliendo una función

la Patagonia”, Fallos 339:515: “Si la acción de amparo ambiental promovida está destinada a impedir el comienzo de la construcción de dos represas localizadas en la provincia demandada, e involucra trabajos de una magnitud considerable, con gran potencialidad para modificar el ecosistema de toda la zona, se requiere medir adecuadamente sus consecuencias teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras, por lo que se hace necesario asegurar la sustentabilidad del desarrollo que se emprende y en consecuencia, el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado”.

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

(50) En el caso “Salas”, se configuraba una situación clara de peligro de daño grave que podría cambiar sustancialmente el ambiente regional, “afectando no sólo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio”. El voto del Ministro Lorenzetti arbitró una solución que “armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados”, es decir, considerando todos los intereses involucrados en el conflicto (CSJN, “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, resolución del 29.12.2008).

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

(52) “Art. 2º- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

de integración hermenéutica, por poseer “un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema”⁵³.

Se introduce así de manera expresa, la necesidad que “el operador jurídico, dentro de un análisis completo (de modo coherente) de todo el ordenamiento, tenga en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos -el derecho ambiental, es un derecho humano o fundamental del hombre-, los principios y los valores jurídicos -el derecho ambiental tiene principios propios, consagrados en los artículos 4° y 5° de la Ley 25675 General del Ambiente y presenta como anclaje de determinación los bienes y valores colectivos”⁵⁴.

Como ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de la Nación, cuando se plantea un caso de conflicto de normas constitucionales y de pluralidad de fuentes, debe aplicarse la regla de la interpretación coherente y armónica. La determinación del referido estándar exige: a) delimitar con precisión el conflicto de normas y fuentes a fin de reducirlo al mínimo posible, para buscar una coherencia que el intérprete debe presumir en el ordenamiento normativo; b) proceder a una armonización ponderando los principios jurídicos aplicables y c) considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos⁵⁵.

En particular, el pluralismo de fuentes y la regla de precedencia que da prioridad a las normas de tutela ambiental, sumado a la protección efectiva basada en la teoría de la implementación, que se basa en la regulación continua de los fenómenos jurídicos⁵⁶, y en un marco de respeto a “microsistemas normativos autosuficientes”, como lo es el derecho ambiental como especialidad, el Código Civil y Comercial integra estándares que sirven de guías para la interpretación y decisión judicial, en un complejo sistema de fuentes constituido por reglas, principios y valores, que remiten a la teoría del Estado de Derecho sustentada por Ricardo Lorenzetti.

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

(53) LORENZETTI, Ricardo L. “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, *Diario La Ley*, 6.10.2014.

(54) Vid. CAFFERATTA, Néstor A. “El Derecho Ambiental en el Código Civil y Comercial sancionado”, *Revista de Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot N° 40, Oct/dic 2014, y “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, 17/11/2014, 273.

(55) Cfr. CSJN, “Telefónica de Argentina S.A.”, CSJN, en LL 28/08/2007, 6. Vienen al caso las palabras del juez Fayt: “Los magistrados deberán agregar el uso de la razón, el conocimiento de la realidad, la comprensión del pasado y la proyección de las consecuencias futuras” (Fallos 310:2478).

(56) LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. cit., p. 91.

Por otra parte, el Código integra al sistema de derecho privado una fuente interna de coordinación (compatibilidad de los derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva⁵⁷) y otra de convergencia y subordinación (límites al ejercicio abusivo de los derechos individuales sobre bienes colectivos, cuando pueda afectar al ambiente o a los derechos de incidencia colectiva en general)⁵⁸, mediante una regla de precedencia lógica en el caso de los conflictos entre bienes colectivos e individuales⁵⁹.

En tercer lugar, internaliza límites de coexistencia de normas en el sistema de derecho privado, cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, exigiendo el respeto de la normativa sobre presupuestos mínimos de protección ambiental que resulte aplicable en cada caso⁶⁰. Con ello, la integración hermenéutica de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, impregna el razonamiento y decisión judicial, de manera de no enfrentarlas a los principios ambientales y al diseño sustantivo y procesal específico que la Ley General del Ambiente (LGA) ha reglado para la defensa de derechos de incidencia colectiva, así como a los umbrales mínimos de protección ambiental sectoriales, definidos por las demás leyes de presupuestos mínimos.

Por último, el alcance del ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes colectivos, exige al intérprete balancear su “compatibilidad” con los derechos de incidencia colectiva y verificar su “conformidad” al microsistema especial integrado por normas ambientales nacionales, provinciales y municipales dictadas en el interés público⁶¹, las que a su vez, mantienen su vigencia en cuanto no se oponga a los principios ambientales y disposiciones contenidas en la Ley General del Ambiente 25675, cuya interpretación y aplicación y de toda otra norma a través de la

(57) “Art. 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva (...)”.

(58) “Art. 14. Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a. derechos individuales; b. derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

(59) LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, Op. Cit., p. 12.

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

(61) CCyC: “Art. 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

cual se ejecute la política ambiental, está sujeta al cumplimiento de los principios enunciados en sus artículos 4° y 5°⁶².

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

VII. El derecho humano al agua

Entre los muchos instrumentos internacionales vigentes, se ha consagrado que: “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”⁶³. Asimismo, Naciones Unidas, declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos⁶⁴.

Con el precedente Kersich⁶⁵, y estando en juego el derecho humano al agua potable, la Corte resolvió mantener la cautelar dispuesta por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se dicte un nuevo fallo con carácter de urgente, pues los jueces de la causa no aplicaron las reglas del proceso colectivo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, cuyas características principales y modalidades fueron enunciadas en el caso “Halabi” (Fallos: 332:111), y se procuraba la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable. El objeto de la pretensión -por su carácter- resulta insusceptible de apropiación individual y la pretensión incoada persigue que la provisión domiciliaria en red de ese bien, se realice con características y contenidos que cumplan con los estándares normativos vigentes.

El acceso al agua potable, consideró el voto, “incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y en el campo de los derechos de incidencia colectiva, asimismo es fundamental la protec-

(62) Las disposiciones de la LGA N° 25675 son de orden público (art. 3°) y “se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta”.

(63) Naciones Unidas, Observación General N° 15 del “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 15.11.2002.

(64) Naciones Unidas, Resolución A/RES/64/292, del 30.07.2010.

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

ción del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia”.

En el caso, no había dudas que existía la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que estaba en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y al mismo tiempo existía una demora de la demandada en la solución definitiva de esa situación.

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

Así como el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas (individual y colectivamente), razón por la cual debe ser tutelado por los jueces; bajo el paradigma eco-céntrico y sistémico, en el campo de los derechos de incidencia colectiva, “es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia”⁶⁶.

También el Tribunal, con votos de Ricardo Lorenzetti, resaltó en varios conflictos judiciales que tenía una consideración central el derecho humano al agua potable⁶⁷, la capacidad de resiliencia como condición de supervivencia de los sistemas ecológicos. La consideración del agua como microsistema ambiental, parte de la tesis de Lorenzetti, que el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible. Además del ambiente como macro bien, el uso del agua es un micro bien ambiental y, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible⁶⁸.

Por ello, el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solo los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente⁶⁹. La trascendencia del concepto y características del abordaje de los problemas ecológicos y jurídicos de las cuencas hídricas, se define en el campo de la justicia ecológica: es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia”⁷⁰.

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

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

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

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

(69) CSJN, *in re* “Majul”, 11/07/2019. Fallos 342:1203.

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

- a) Se entiende por cuenca hidrográfica “el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común”⁷¹. Las cuencas hídricas, “son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada”⁷².
- b) La cuenca hídrica es “la unidad que comprende al ciclo hidrológico en su conjunto ligado a un territorio y a un ambiente en particular; se trata de un sistema integral que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua”⁷³.
- c) “La cuenca hídrica es la unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular, es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo, entre otras, a los humedales”⁷⁴.
- d) “La concepción misma de la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular”⁷⁵. Es por esto que los daños ambientales generados por eventuales casos de contaminación de acuíferos, se aparta precisamente del principio rector establecido en materia de derechos propietarios, ya que “se atiende a la custodia del ambiente como un todo y no una parte de cada uno de los daños localizados dentro del ámbito exclusivo de las propiedades de los demandados”⁷⁶.
- e) Conforme los parámetros ecológicos y jurídicos anteriores, la cuenca “es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua”⁷⁷. Una comprensión amplia de la compleja situación general que se plantea a nivel de gestión de cuencas hídricas “demanda conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores

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

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

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

(74) CSJN, *in re* “Majul” (Fallos: 342:1203).

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

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

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

predominantemente naturales con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural”⁷⁸.

- f) La importancia de abordar el conflicto, implica que la solución del caso que involucre una cuenca hídrica interjurisdiccional debe ser abordada desde una perspectiva integral, que conlleva para el Tribunal “la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales, porque los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales”⁷⁹.
- g) En otras palabras, en la planificación, gestión y decisiones administrativas y judiciales, no debe desconocerse cuáles serán las consecuencias ambientales en toda la cuenca hídrica, obligación que emana de lo dispuesto en la ley N° 25688 de presupuestos mínimos ambientales, para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional, que dispone expresamente en su art. 3° que “Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles”.
- h) Además de esas connotaciones relevantes, resalta la importancia del ciclo hidrológico para el funcionamiento ecológico; la interconexión entre los sistemas de agua subterránea y superficial; así como la importancia de enfrentar los retos del agua dulce a nivel de cuenca, subrayando explícitamente las condiciones que deben cumplirse, para alcanzar una evaluación ambiental que incorpore un enfoque multidimensional y policéntrico y tenga en cuenta la complejidad de las relaciones socio-ecológicas subyacentes⁸⁰.
- i) En consecuencia, la regla es el tratamiento de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión, a cargo de un Organismo de Cuenca, en contraposición al manejo sectorizado de la acción⁸¹. Las cuencas son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser utilizados y conservados de manera integrada. La territorialidad ambiental y la territorialidad federal, encuentran su representación y conjugación en las autoridades interjurisdiccionales de cuenca, organismos propios

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

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

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

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

del federalismo de concertación, para la coordinación del manejo racional, equitativo y sostenible del agua de las cuencas hídricas⁸².

- l) Cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente -que involucran la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua- la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos, sino que debe ser abordada desde una perspectiva que integra de manera sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad. Por esta razón, la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales, también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente⁸³.
- m) En consecuencia, la visión de Ricardo Lorenzetti, que hace suya mayoritariamente el Alto Tribunal, en casos de afectación, contaminación o degradación ambiental de cuencas hídricas, la decisión judicial “debe ser integral, holística y totalizadora” y “la gestión hídrica debe estar fuertemente vinculada a la gestión territorial, la conservación de los suelos y la protección de los ecosistemas naturales”⁸⁴.

IX. Principios ambientales

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

Como enseña Néstor Cafferatta, el Derecho Ambiental es esencialmente un derecho principista y valorista, un derecho de base solidaria, un derecho esencialmente eticista⁸⁵. El anclaje del Derecho Ambiental son los bienes y los valores colectivos. Prueba de esto es que los arts. 4° y 5° de la ley 25675 establecen principios de política ambiental que son verdaderos principios de Derecho Ambiental.

Por ello, una fase relevante consiste en interpretar el Estado de Derecho, a través de los principios ambientales. Se trata de “principios jurídicos estructurantes”, es

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

(83) “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia”, 26/04/2016. Fallos: 339:515. (considerandos 17 a 22).

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

(85) CAFFERATTA, Néstor. “Derecho Privado Ambiental a la luz del Código Civil y Comercial”, VIII Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, 2019 y “Daño ambiental. Jurisprudencia”, en *La Ley* 2003-D, 1339.

decir, que cambian el paradigma de análisis y el modo de analizar muchos aspectos del derecho vigente y que surge de la propia Constitución y la ley⁸⁶, como ocurre con la cuestión ambiental.

Subyace en esta teoría, la premisa que los conflictos entre los principios y valores intra-sistemáticos, son tratados mediante un análisis de la capacidad argumentativa de cada uno, que se denomina juicio de ponderación. En cambio, la colisión de reglas se desenvuelve en el plano de la validez, de modo que una desplaza a la otra fundándose en los criterios de cronología, nivel jerárquico y especialidad⁸⁷.

Así como el Código Civil y Comercial señala expresamente al intérprete que consulte los principios y valores jurídicos de Derecho Ambiental, la LGA N° 25675 establece que la aplicación y la interpretación de dicha ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estará sujeta al cumplimiento de los principios ambientales (arts. 4° y 5°). Varias son las inferencias doctrinarias que se derivan de esta premisa:

- a) La ley General del Ambiente establece que su aplicación e interpretación, así como de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estará sujeta al cumplimiento de los principios establecidos en su artículo 4°, que se deben integrar, conforme el artículo 5° en todas las decisiones de carácter ambiental⁸⁸;
- b) Por los artículos 4° y 5° de la LGA, los principios ambientales constituyen el armazón estructural de la regulación de la especialidad, no debiendo el juez, perder de vista la aplicación de los mismos, ya que informan todo el sistema de derecho ambiental, aun en cuestiones de competencia⁸⁹;
- c) Los principios ambientales, es decir de congruencia, de prevención, precautorio, y de sustentabilidad, entre otros, informan todo el sistema de derecho ambiental, y su aplicación resulta determinante también para dirimir conflictos de competencia⁹⁰;

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

(87) LORENZETTI, Ricardo L. "El juez y las sentencias difíciles - Colisión de derechos, principios y valores", *LL 1998-A*, p. 1039.

(88) CSJN, "Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24051". Fallos: 342:1327.

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

(90) Corresponde compatibilizar: *i*) el carácter excepcional y restrictivo de la competencia federal (artículos 121, 116, y 75, inciso 12, de la CN), acotada y definida a los poderes que las provincias delegaron en el Estado Federal (Fallos: 341:324; 342:667, entre muchos otros); con *ii*) la naturaleza integral e interdependiente de la cuenca hídrica (Fallos: 340:1695; 342:1203), a la luz los principios precautorio y preventivo del derecho ambiental (artículo 4°, ley 25675) y teniendo en consideración que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se deben atender en forma integrada. Todo

- d) En el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la LGA, la interpretación de la doctrina relativa a la admisibilidad del recurso extraordinario debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4° de la ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles⁹¹;
- e) Los principios de prevención, precautorio, de progresividad, de responsabilidad y de solidaridad imponen que no deban ser mecánicamente trasladadas, ni con consideraciones meramente superficiales, los principios y reglas propios del derecho patrimonial individual para el examen y subsunción de este tipo de pretensiones que alcanzan al medio ambiente como bien indivisible⁹²;
- f) En virtud de los principios precautorio y de cooperación previstos en la LGA, atento el carácter binacional de un emprendimiento minero, en el marco de las facultades instructorias del juez en el proceso ambiental, corresponde requerir informes sobre el estado de las tareas de monitoreo y prevención de daños, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto de la competencia⁹³.

En particular, la operatividad del principio precautorio reconoce las complejas implicancias de la toma de decisión en condiciones de incertidumbre, en razón que el principio precautorio se extiende a “la tortuosa relación de causalidad del daño ambiental, en los que la ciencia todavía no arribó a una posición consistente⁹⁴. Asimismo, posee un reflejo procesal en el sentido que la aplicación del principio precautorio “apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre”⁹⁵.

En el estadio actual del paradigma ambiental, la labor primaria de la actividad judicial de Lorenzetti, ha sido avanzar en la fase de implementación, para hacer de ello una realidad posible y no una mera declaración políticamente correcta: Este principio no es una mera exhortación, puesto que cuando la ley recepta el principio precautorio, éste es tiene un valor normativo preciso de carácter sustantivo y de-

ello en el marco restringido y provisorio del ámbito cognoscitivo propio en el que se dirimen las cuestiones de competencia (Fallos: 339:353).

(91) CSJN, “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira LD y otro s/ sumarísimo” (Fallos: 339:142).

(92) “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza- Riachuelo)”. 19/02/2015. Fallos: 338:80.

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

(94) CAFFERATTA, Néstor. “Molestias intolerables derivadas de la vecindad por la instalación de una torre y antena de celulares”, *La Ley* 2008-B, 567.

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

limitativo. Es un marco genérico del obrar, dentro del cual existe discrecionalidad lícita y fuera del cual hay ilicitud⁹⁶.

Como consecuencia de su aplicación, el Máximo Tribunal ha ponderado la clara inversión de la carga de la prueba -y sus alcances-, que implica el principio de precaución contenido en el art. 4° de la ley 25675: “no debe entenderse esta exigencia en su sentido literal o estricto, pues, ello no supone que el introductor del riesgo deba eliminar cualquier duda acerca de la peligrosidad del producto o actividad en cuestión y probar un ‘riesgo cero’, sino que se trata de promover un rol más activo del introductor del riesgo para determinar su grado de probabilidad y magnitud, facultando a las autoridades públicas a exigirle que aporte sus propias conclusiones científicas en base a las cuales estima que tales productos o actividades no traen aparejados riesgos desproporcionados al público o al medio ambiente”⁹⁷.

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

- a) La aplicación del principio precautorio establece que, cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente, lo que no puede confundirse con la idoneidad de la acción meramente declarativa.
- b) El principio precautorio es un principio jurídico del derecho sustantivo. De tal modo, una vez que se acredita la posibilidad de daño grave o irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego⁹⁸.

(96) LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, Op. cit., p. 79.

(97) CSJN, “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, 29.12.2008. En este caso, se configuraba una situación clara de peligro de daño grave que podría cambiar sustancialmente el ambiente regional, “afectando no sólo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio” (Voto del juez Lorenzetti).

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

- c) La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo, de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras⁹⁹.
- d) Debe aplicarse, de manera prioritaria, el principio de prevención (artículo 4°, LGA) y en la duda técnica el principio precautorio (Fallos: 337:1361, cons. 12), que dan fuerza y justifican la anticipación de la prestación jurisdiccional, mediante la cautelar de cesación y suspensión de una actividad petrolera en un Parque Nacional¹⁰⁰.
- e) El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiestan. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios¹⁰¹.
- f) La naturaleza legal del concepto de precaución, implica una obligación de aplicarlo en la toma de decisiones cuando hay incertidumbre respecto a las amenazas subyacentes, considerando las evaluaciones, valores, y percepciones culturales de los riesgos, amenazas, y acciones requeridas, lo que implica también un enfoque de política que se integra a otros principios y derechos relevantes como la prevención, equidad intra e intergeneracional, entre otros muchos¹⁰².
- g) Exige al operador jurídico, realizar un balance provisorio entre la perspectiva de la ocurrencia de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la

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

(100) CSJN, *in re* "Saavedra", Fallos 344:174.

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

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

cesación de la actividad en cuestión¹⁰³, a la luz del citado principio precautorio. Así, es arbitraria la sentencia que dejó sin efecto la medida cautelar que dispuso la suspensión de la actividad industrial de la empresa demandada ante posibles emanaciones y vertidos de efluentes gaseosos y líquidos, si el tribunal no realizó el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio, según el cual, cuando haya peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente¹⁰⁴.

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

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

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

La definición, aplicación y alcance de los nuevos principios emergentes *In dubio pro natura* e *In dubio pro agua*, en sus diversas dimensiones sistémicas, hermenéuticas

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

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

(105) CSJN, Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros”, 20.06.2006. Fallos: 329:2316.

(106) CSJN, Asociación “Multisectorial del Sur”, Fallos: 333:748.

y axiológicas, parte de la premisa que aconseja, para casos de duda en la aplicación de una norma o en la resolución de un caso, estar siempre a aquella solución más favorable para los bienes colectivos. La noción *in dubio pro ambiente* se erigirá en el norte a seguir para los jueces que se enfrenten a casos dudosos en los cuales la relación causal escapa a los parámetros habituales del derecho¹⁰⁷.

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

En ese sentido, resaltan el artículo 2° inc. e) de la LGA, que ordena “mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos; el art 6° *in fine*, que prescribe “garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, su capacidad de carga en general y asegurar la preservación ambiental”. Con ello, la noción de territorialidad federal se relativiza, emergiendo la de territorialidad ambiental, como bien lo establece la Ley General del Ambiente¹⁰⁸. Consecuencia de esta cosmovisión, conviven “derechos a la naturaleza” y “derechos de la naturaleza”, donde “cada ser humano y otros seres vivos tienen derecho a la conservación, protección y restauración de la salud e integridad de los ecosistemas. La naturaleza posee un derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar”¹⁰⁹.

Fue en la causa “Majul” donde el voto de Ricardo Lorenzetti sostuvo la necesidad de que los jueces consideren el principio *in dubio pro natura* como pauta hermenéutica genérica¹¹⁰: “en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales y no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos”¹¹¹.

Como se observa, cuando se menciona “en caso de duda” como precondition a la operatividad del principio *in dubio pro natura*, evidenciaría una conexión entre el

(107) LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. Cit., p. 340.

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

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

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

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

principio precautorio y el principio *in dubio pro natura*, por el hecho de que ambos principios actúan ante la duda o incertidumbre. La aplicación del principio precautorio, como principio jurídico de derecho sustantivo, es una guía de conducta también para la administración que “(...) requiere una reflexión profunda, científicamente probada, socialmente participativa y valorativamente equilibrada”¹¹².

En consecuencia, si el ambiente “no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario”¹¹³, el cambio de paradigma ha implicado un redimensionamiento de los principios de política ambiental, bajo el criterio superior de *in dubio pro natura e in dubio pro agua*, consistente en que ante una tensión entre principios y derechos en conflicto la autoridad debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la protección y restablecimiento de la integridad de los ecosistemas, el mantenimiento y mejora de la resiliencia de los sistemas socio-ecológicos y la garantía y disfrute de un ambiente sano¹¹⁴, respecto de aquella que la vulnere, limite o altere.

Por su parte, bajo el principio *in dubio pro agua*¹¹⁵, las controversias en torno al “recurso estratégico agua” no pueden ser atendidas como la mera colisión de derechos subjetivos¹¹⁶. El giro ontológico en la doctrina judicial se ratifica al distinguir el papel del agua en el mantenimiento de la vida y los ecosistemas, así como de la importancia de reflejar la interdependencia entre el agua y otros elementos del ambiente natural, especialmente los suelos, el subsuelo y los bosques, incluyendo las conexiones ecosistémicas relevantes, en las decisiones judiciales sobre controversias relacionadas con el agua dulce y la administración de justicia hídrica¹¹⁷.

(112) CSJN, Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c/ Catamarca, Provincia de y otros s/ amparo ambiental (Fallos 335:387), disidencia del Ministro Ricardo L. Lorenzetti.

(113) Vid. CSJN, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” (Fallos: 340:1695, considerando 5°).

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

(115) UICN, Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua (2018): “Principio 6 - *In dubio pro aqua*: En congruencia con el principio *In dubio pro natura*, en caso de incertidumbre, las controversias ambientales e hídricas ante las cortes deberán resolverse, y las leyes aplicables interpretarse, de la manera en la cual sea más probable proteger y conservar los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados”.

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

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

La definición genérica del principio *in dubio pro natura* adoptada por la Corte Suprema, no integra expresamente el elenco de principios ambientales de la LGA (art. 4°), pero como hemos visto, se ve reflejada claramente entre los objetivos de dicha ley. En el campo del derecho ambiental, su recepción normativa implicaría una precedencia lógica del principio protectorio ambiental con clara influencia en el juicio de ponderación (porque opera como un metavalor)¹¹⁸, estableciendo una relación de precedencia condicionada al indicar, haciendo referencia al caso, condiciones bajo las cuales un principio precede al otro¹¹⁹.

Por su parte, el principio *in dubio pro aqua*, consistente con el principio *in dubio pro natura*, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos¹²⁰.

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

XI. Cumplimiento, eficacia y aplicación efectiva del derecho ambiental

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

La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual¹²¹ y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

(118) LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, Op. cit., p. 29.

(119) Sin embargo, la definición y alcance de este principio no ha sido unívoca en Latinoamérica, ya que el principio *in dubio pro natura* en algunos casos se asocia a la duda científica, ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles, inherente al principio precautorio; mientras en otros sistemas judiciales, la duda se circunscribe sólo asociada a la duda interpretativa de la ley.

(120) CSJN, *in re* “Majul”, Fallos 342:1203.

(121) CSJN, *in re* “Mendoza”, 20/06/2006. Fallos: 326:2316.

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

El paso siguiente, continúa con el encuadramiento del principio receptado por el art. 32 de la Ley 25675, que enuncia como regla general, que “el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”.

Existe un delicado balance que se plantea entre flexibilización de la regla de congruencia en el proceso ambiental y cumplimiento de reglas procesales amalgamadas con el debido proceso. Este magistrado inquisitivo, involucrado con la preservación del ambiente, debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso y además se obliga al cumplimiento efectivo de su mandato. Como contrapartida, los límites propios de esa flexibilización, por los que el juzgador “debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el art. 32 de la ley 25675”¹²². El límite de esas facultades está dado por el respeto al debido proceso¹²³.

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

Esa ingeniería microinstitucional, que exige una prudente ponderación anticipatoria de diversas circunstancias que se presentarán en la ejecución la sentencia ambiental y de sus mandatos, requieren “un programa que fije un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumpli-

(122) CSJN, “Mendoza”, Fallos: 329:3445.

(123) Cfr. Fallos 333:748.

miento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control”¹²⁴.

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

En la medida en que los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio, forzosamente su operatividad abre novedosos ámbitos de deliberación política y responsabilidad jurídica insospechada pocas décadas atrás¹²⁵. Se infiere así, que la labor doctrinaria y judicial de Lorenzetti no desconoce ni oculta que las valoraciones y los principios que defiende colectivamente una sociedad son dinámicos y que el gran problema del derecho ambiental es su efectividad y su aplicación efectiva, por cuanto de poco sirve una Constitución y un conjunto de normas que no se aplican, que consagran derechos que no pueden ejercerse o cuya concreción implica el tránsito de caminos arduos y desalentadores.

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

La relevancia del bien colectivo en juego, la urgencia en la necesidad de adoptar medidas de prevención, y el ejercicio de las amplias facultades judiciales dispuestas en el artículo 32 de la Ley 25675, diseña un papel del juez alejado de la figura del juez espectador, del proceso adversarial clásico¹²⁶.

Por ello, las disposiciones procesales deben ser interpretadas de manera de no enfrentarlas al diseño procesal específico que la LGA ha reglado para la defensa de derechos de incidencia colectiva. No escapa a la Corte los límites propios de esa

(124) CSJN, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, 08/07/2008. Fallos: 331:1622.

(125) CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas”, Fallos 342:917.

(126) CSJN, “Saavedra, Silvia” Fallos 344:174.

flexibilización, por los que el juzgador debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el art. 32 de la ley 25675.

De tal manera, el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la LGA, en cuanto establece que “el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general” (art. 32, ley 25675), ordenará las medidas que se disponen en la parte dispositiva del pronunciamiento¹²⁷.

En igual sentido debe interpretarse el último párrafo de ese artículo en cuanto dispone que en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, que el juez también podrá disponer sin petición de parte, aun sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse¹²⁸.

En asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, según Lorenzetti, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de la propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta como una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador¹²⁹. Los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo¹³⁰ o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención¹³¹.

XII. Proceso ambiental y medidas cautelares

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

Teniendo en cuenta la profunda reformulación del principio dispositivo aplicable al proceso ambiental y de los amplios poderes instructorios y ordenatorios del

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

(128) CSJN, “Cruz, Felipa”, Fallos: 339:142 y “Asociación “Multisectorial del Sur”. Fallos: 333:748.

(129) CSJN, *in re* “Majul”, Fallos 342:1203. Asimismo, Fallos: 329:3493 y 339:201.

(130) CSJN, “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F.S.A y otros”, Fallos: 327:2967.

(131) Vid. CSJN, causa “Mendoza” (Fallos: 329:2316) y “Asociación Multisectorial del Sur” (Fallos: 333:748).

juez en el proceso ambiental, las medidas cautelares ambientales están guiadas por la finalidad de lograr una tutela efectiva de los derechos fundamentales implicados, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano¹³².

Si bien las resoluciones que se refieren a medidas cautelares, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten -como regla- el carácter de sentencias definitivas, debe admitirse una excepción a dicho principio cuando la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. Por ello, “cuando se peticiona la protección del ambiente basada en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente, autónomo y definitivo”¹³³, en consecuencia, se considera que existe sentencia definitiva, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios de prevención y precautorio, contemplados en la Ley General del Ambiente¹³⁴.

El peligro en la demora, como requisito de procedencia de para una medida cautelar ambiental, surge de la necesidad de prevenir y evitar que el daño ambiental colectivo continúe o se agrave la degradación del ambiente, para así hacer cesar de modo efectivo e inmediato los focos de incendio producto de la quema de pastizales, (arts. 2, 4, 5, 27 y concordantes de la ley 25.675, y arts. 1710 y 1711, del Código Civil y Comercial de la Nación) en la región del Delta del Paraná¹³⁵. A su vez, la verosimilitud del derecho para la procedencia cautelar, se desprende cuando a requerimiento de la Corte, del informe producido que el Estado Nacional no habría cumplido en su ámbito con ningún procedimiento de evaluación de impacto ambiental y audiencia previa¹³⁶.

Estando en juego el derecho humano al agua potable, corresponde mantener la cautelar dispuesta por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se cumpla con lo ordenado¹³⁷. En sentido análogo, la medida cautelar tendiente a que se ordene al Estado Nacional, a las provincias y

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

(133) CSJN, *in re* “Mendoza”, Fallos: 329:2316.

(134) CSJN, *in re* “Asociación Multisectorial del Sur”, Fallos: 333:748.

(135) CSJN, *in re* “Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil”, Fallos 343:726.

(136) CSJN, *in re* “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia”, Fallos: 339:515.

(137) CSJN, *in re* “Kersich”, Fallos: 337:1361.

municipios demandados y a la Provincia de Buenos Aires a “hacer cesar de modo efectivo e inmediato” los focos de incendio producto de la quema de pastizales, se admitió procedente, si el caso presenta, prima facie, características que permiten encuadrar los hechos denunciados en la figura legal de la emergencia ambiental (arts. 2º, inciso k, y 4º de la ley 25675)¹³⁸.

La causa “Equística” sintetiza la doctrina del proceso cautelar ambiental, ante una afectación severa de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional, con efectiva degradación ambiental o afectación del Delta del Río Paraná que compromete seriamente su funcionamiento y sustentabilidad, en tanto su conservación es prioritaria, no solo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras¹³⁹.

Al comentar su voto, Ricardo Lorenzetti reflexionó: “Esta breve descripción es suficiente para llegar a la conclusión de que existe una Constitución, un Código, una ley general del ambiente, una ley de protección de bosques, una ley de prohibición de quemas y de incendios, así como un plan estratégico referido a la Conservación del Delta del Paraná. Todo ese completo sistema legal no impidió que se llegara a la situación actual, en la que se han quemado miles de hectáreas, con un daño ambiental tremendo y graves consecuencias para la salud humana. La cuestión es la aplicación, o como se dice actualmente, el proceso de implementación de las leyes”¹⁴⁰.

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

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

XIII. Evaluación de impacto ambiental

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

(138) CSJN, *in re* “Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil”, Fallos 343:726.

(139) CSJN, *Ibidem* Fallos 343:726.

(140) LORENZETTI, Ricardo. “Incendios: un fallo clave de la Corte para cuidar el Delta del Paraná”, en <https://www.ricardolorenzetti.com/incendios-un-fallo-clave-de-la-corte-para-cuidar-el-delta-del-parana-por-ricardo-lorenzetti/>. 24.08.2020.

a) *El carácter previo del procedimiento de impacto ambiental*: Los estudios y procedimientos de evaluación de impacto ambiental (EIA), deben realizarse con carácter previo a la aprobación y ejecución de los planes y proyectos respectivos. Esto ha sido reiteradamente exigido por la Corte Suprema de Justicia, declarando la invalidez de resoluciones administrativas motivadas por la ausencia de un estudio y procedimiento de EIA¹⁴¹ previo o bien, admitiendo acciones de cese de actividades iniciadas sin procedimientos de EIA previos; ordenando la suspensión con carácter cautelar de las obras hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia previsto en la ley 23879, o hasta el momento en que se dicte la sentencia definitiva, lo que suceda en primer término, excluyendo de dicha suspensión las tareas preliminares al proyecto ejecutivo y su correspondiente estudio de impacto ambiental.

En algunos casos, cuando la pretensión ha tenido por objeto la suspensión de la actividad en ejecución, que no ha obtenido licencia ambiental y social mediante la aprobación de la EIA previa, se ha resaltado que se configura un supuesto en el que la dilucidación de la controversia sometida a decisión judicial, está condicionada a una cuestión de puro derecho: a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, resulta suficiente controlar que los actos impugnados respeten los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la actividad. A tal fin, basta con examinar si la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social¹⁴².

Uno de los límites normativos sostenido reiteradamente por el Ministro Lorenzetti, ha sido en relación a los actos administrativos de la evaluaciones de impacto ambiental: la administración debe aprobar o rechazar los estudios presentados, cuyas facultades regladas no incluyen la potestad de admitir tales evaluaciones en forma condicional. En consecuencia, la resolución administrativa que aprobó el informe de impacto ambiental en forma condicionada, era manifiestamente ilegal y arbitraria y por ello, el amparo resultaba ser la vía idónea para cuestionar este aspecto de la pretensión y evitar así un daño inminente al medio ambiente¹⁴³.

En efecto, los estudios de EIA y su aprobación deben ser previos a la ejecución de la obra o actividad, al tiempo que no se admite que la autorización estatal se expida en forma condicionada (ley 26.331, artículos 18, 22 y s; ley 25.675, artícu-

(141) Cfr. CSJN: “Martínez, Argentina Beatriz c/ Misiones, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos 325:613), 09/04/2002 y “Comunidad Indígena Hoktek T’Oi Pueblo Wichi c/ Sec. de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ amparo - recurso de apelación”, Fallos 326:3258, 08/09/2003.

(142) Vid. “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”, 11/07/2002, ratificado el 08/09/2003, doctrina que el Máximo Tribunal ya había delineado en el precedente “Martínez” (Fallos 325:613).

(143) CSJN, *in re* “Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica”, Fallos 339:201.

los 11 y 12)¹⁴⁴. En ese mismo sentido, en el caso “Cruz”¹⁴⁵ la Corte dejó sin efecto la sentencia que había omitido el análisis de las normas aplicables que, por un lado, exigían la emisión de la declaración de impacto ambiental en forma previa al inicio de las obras y por el otro, disponían en forma expresa que la administración debía aprobar o rechazar los estudios presentados, pero no incluían la potestad de admitir tales evaluaciones en forma condicionada.

En similar sentido, se ha considerado arbitraria la sentencia que dejó sin efecto la medida cautelar que dispuso la suspensión de la actividad industrial de la empresa demandada, que ha obtenido un certificado de aptitud ambiental, si de su lectura se desprende que tal instrumento fue otorgado en forma condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, circunstancia que demuestra la existencia -al momento de emisión- de una serie de observaciones, cuyo cumplimiento la demandada no había acreditado con posterioridad y, en consecuencia, la subsistencia del peligro en la demora¹⁴⁶.

c) *Objetividad, independencia e idoneidad en la evaluación*: Según los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los contenidos y condiciones de los estudios de impacto ambiental y la selección de los actores responsables de su realización debe llevarse a cabo “siguiendo criterios de independencia, objetividad y pericia técnica, bajo la supervisión del Estado”¹⁴⁷. Estos criterios han sido receptados en la doctrina judicial de Ricardo Lorenzetti, al sostener que “la realización de un estudio de impacto ambiental no significa, de ninguna manera, una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión. Por el contrario, *se trata de que el proceso de autorización permisiva no se base solamente en la decisión de autoridades locales que remiten a un informe de la propia empresa, sino que sea más complejo*. La magnitud de la explotación requiere una reflexión profunda, científicamente probada, socialmente participativa y valorativamente equilibrada. No se trata de prohibir irracionalmente, sino de autorizar razonablemente”¹⁴⁸.

d) *El carácter y contenido “ambiental y social”*: el tipo de estudios exigidos por la Corte debe ir más allá que los estudios del impacto estrictamente ambientales exigidos normalmente con miras a evaluar, prevenir y mitigar los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente, requiriendo incorporar, además, la identifica-

(144) CSJN, *in re* “Mamani”, Fallos: 340:1193 y “Cruz, Felipa”, Fallos: 339:142.

(145) CSJN, “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera y otros s/ sumarísimo”. 23/02/2016. Fallos: 339:142.

(146) CSJN, *in re* “Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná c/ Carboquímica del Paraná SA”, 02/07/2020. Fallos 343:519.

(147) Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia del 28/11/2007. Serie C N° 172, párr. 129 y 148.

(148) CSJN, “Comunidad del Pueblo Diaguíta de Andalgalá”, Fallos 335:387, disidencia del Ministro Ricardo L. Lorenzetti.

ción de los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida y salud de los potenciales grupos sociales afectados.

Este criterio, que exige estudios previos de carácter “social y ambiental” basados en el principio precautorio, implica “una obligación de aplicarlo en la toma de decisiones cuando hay incertidumbre respecto a las amenazas subyacentes, considerando las evaluaciones, valores, y percepciones culturales de los riesgos, amenazas, y acciones requeridas, lo que implica también un enfoque de política que se integra a otros principios y derechos relevantes como la prevención, equidad intra e intergeneracional, el derecho a vivir en un ambiente sano, y los derechos humanos al alimento, identidad cultural, agua y salud”¹⁴⁹. La aplicación del principio precautorio en este caso, “obliga a suspender el proyecto hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de sus cuatro componentes (clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes) (...) Asimismo, se deberá dar amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada” (...) proponiendo asimismo “una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras”.

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

e) *Evaluación de impactos acumulativos y sinérgicos*: Los procesos de evaluación de impacto ambiental y social, también deben ponderar el impacto acumulativo y sinérgico de los proyectos. Con este criterio, se ordenó una medida cautelar urgente para garantizar el cese provisional del desmonte de bosques nativos, hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos¹⁵¹. En otros casos, se sostuvo que el EIA “deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acu-

(149) Cfr. CSJN, “Salas, Dino y otros c/ Salta, prov. de y Estado Nacional s/amparo”, Res. del 19/12/2008 y 29/12/2008.

(150) “Comunidad Indígena EbenEzer c. Provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción”, en La Ley 2008-F, 93.

(151) “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/amparo”, resoluciones del 19/12/2008 y 29/12/2008.

mulativo de la explotación (...) sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes”¹⁵².

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

El derecho a la información también resulta de vital importancia para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la participación. En el caso “Claude Reyes y otros”, la Corte Interamericana concluyó que el art. 13 de la Convención consagra el derecho de los ciudadanos a acceder a la información bajo el control del Estado¹⁵³. Dicha norma ampara el derecho de las personas a recibir información ambiental y la obligación positiva del Estado de suministrarla, la que debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. En el citado caso, la Corte IDH subrayó que “el derecho al acceso a la información juega un rol crítico en la capacidad de la sociedad civil de participar en el diseño de la política pública ambiental”. En este sentido, la protección que ofrece la Convención al derecho al acceso a la información fortalece al Estado democrático.

g) *Procedimientos de consultas y participación previas, como instancias obligatorias*: La celebración de consultas o audiencias públicas previas, en el marco del proceso de EIA, para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos, y con ello, el derecho a opinar de los grupos sociales potencialmente afectados, constituyen un requisito e instancia obligatoria consustancial a la legalidad y razonabilidad del acto administrativo aprobatorio, la que debe asegurarse en los procedimientos de EIA¹⁵⁴. Con ese alcance, las normas ambientales relativas al acceso a la información ambiental y a la participación ciudadana en los

(152) CSJN, “Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá” (Fallos 335:387), disidencia del Ministro Ricardo L. Lorenzetti.

(153) Corte IDH, Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 77.

(154) Cfr. Ley 25675, Art. 21: “La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados”.

procesos de evaluación de impacto ambiental y social, son de orden público, deben ser previas al diseño y ejecución de proyectos y llevarse a cabo de buena fe, es decir que las personas deberían tener oportunidades “reales” de participar en la toma de decisiones relativas a su medio ambiente.

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

Con esa base, resaltan las decisiones judiciales de nuestro Máximo Tribunal, en acciones de cese de actividades iniciadas sin una evaluación previa de impacto ambiental y social (EIAyS) y en violación a lo dispuesto por el art. 75, inc. 17 de la CN¹⁵⁵, o acciones que tienen por objeto el acto administrativo aprobatorio de la EIA, por vicios en su procedimiento¹⁵⁶. La aplicación de dicha norma constitucional, implica “oír la voz de los pueblos indígenas” con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista en determinados asuntos y prevenir posibles lesiones a su identidad cultural cuando se adopten medidas que puedan afectar su forma de vida o sus costumbres tradicionales. Esta participación debe permitir que los pueblos indígenas expresen sus inquietudes, propuestas y apreciaciones en una etapa oportuna por medio de procedimientos apropiados para resguardar sus derechos e intereses. En el caso, no solo no fueron ‘oídos’ los pueblos y comunidades, sino que tampoco se contempló la creación de mecanismos apropiados y adecuados que aseguren una participación permanente de aquellos, de modo que puedan intervenir, de manera efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen¹⁵⁷.

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

i) Cabe hacer lugar a la acción de amparo deducida por una comunidad indígena a fin de que se declare la nulidad del procedimiento administrativo de impacto ambiental y del estudio realizado en relación a la iniciativa privada de desmonte de miles de hectáreas, ya que los vicios detectados tanto en la realización de aquel estudio, en cuanto omitió valorar los aspectos sociales y culturales que podrían en peligro la supervivencia de la comunidad¹⁵⁸.

(155) CSJN *in re* “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/ Sec. de MAyDS”, 11.07.2002, ratificada el 08.09.2003.

(156) CSJN *in re* “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, 26.03.2009.

(157) CSJN, “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén”, Fallos: 344:441.

(158) “Comunidad Eben Ezer c. Everest S.A. y otros - Amparo - Rec. de apelación”, Corte de Justicia de la Prov. de Salta, 21/06/2007.

ii) Corresponde condenar a arbitrar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de participación y consulta omitidos, para que puedan expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios¹⁵⁹. En similar sentido, corresponde la suspensión de la venta de lotes fiscales, si la comunidad indígena sobrevive de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, gracias al amplio monte y a la gran diversidad de especies existente en los lotes fiscales de referencia, en tanto se pusieron en venta sin la compensación previa de áreas protegidas y sin hacerse un estudio de impacto ambiental y social previo¹⁶⁰.

iii) Corresponde condenar a la Provincia del Neuquén a que, en el plazo de sesenta días, lleve a cabo la consulta que fuera omitida a fin de que la articulación entre la creación del Municipio de Villa Pehuenia y la forma de vida indígena sea realizada a través del diálogo y de la búsqueda de acuerdos, tal como lo demandan la Constitución y los instrumentos internacionales y en segundo lugar, condenar a ese Estado provincial a que, en un plazo razonable, diseñe, en conjunto con las comunidades indígenas, los mecanismos permanentes de participación institucional para que ellas puedan incidir en la determinación de las políticas y decisiones municipales que las involucran¹⁶¹.

XIV. Relación de síntesis

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

De una sintética “topología conceptual” de las resoluciones judiciales y los votos de Ricardo Lorenzetti, se descubre la “microfísica” del estudio aplicado en las diversas causas judiciales ambientales resueltas, bajo su concepción del paradigma ambiental: su modo de abordarlas, de pensarlas, construirlas y expresarlas, de un modo que se presentan como un todo indivisible, demostrativo de una unidad lógico jurídica, consistente con su actividad teórica como eminente doctrinario.

El aporte a la teoría general del derecho ambiental, se presenta como una interpretación constructiva de la práctica judicial, una especie de “teoría general de la jurisdicción ambiental”, que toma como referencia directa a la actividad judicial -como modo de operar el valor más característico del derecho como práctica social

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

(160) CSJN, *in re* “Comunidad Indígena EbenEzer v. provincia de Salta -Ministerio de Empleo y la Producción”, cit. ult.

(161) CSJN, *in re* “Comunidad Mapuche Catalán”, 08/04/2021. Fallos: 344:441.

específica-, para ponderar su grado de correspondencia con las exigencias derivadas del valor “efectividad”.

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

El espíritu de este trabajo tiene que ver con eso: significar la importancia de partir de una mirada situada de la conflictividad ambiental y sus resoluciones judiciales: la visión paradigmática de Ricardo L. Lorenzetti, invita a pensar y (re)pensar la práctica jurídica: una teoría ambiental con identidad cultural latinoamericana que se orienta hacia la armonización del sistema legal con el ecológico¹⁶².

(162) LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, cit., Prefacio.